Die Nichtigkeit von Arbeitsverträgen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Martin-Luther-Universität

Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Herbert Blümel

Gerichtsassessor in Berlin

Carl Nieft, Buchdruckerei und Verlag, Bleicherode am Harz.

1936

Berichterstatter: Professor Dr. Reinhardt

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Diese Dissertation erscheint gleichzeitig als Broschüre im Verlag Carl Nieft, Bleicherode/Harz

Schrifttum.

I. Erläuterungsbücher.

zum AOG:

Dersch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Berlin 1934.
Großendorf: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Eberswalde.
Hueck-Nipperdey-Dietz: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. München 1934.
Mansfeld-Pohl-Steinman-Krause: Die Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar zum AOG, 2. Aufl. Berlin 1934.

zum BGB:

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Berlin 1927.
Planck-Flad: Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Berlin 1913.
Reichsgerichtsräte-Komm.: Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Mitgliedern des Reichsgerichts. Allgemeiner Teil. 8. Aufl. Berlin 1934.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil, 9. Aufl. München 1925 (Staudinger-Riezler).
— Recht der Schuldverhältnisse. 2. Teil, 9. Aufl. München 1928 (Staudinger-Nipperdey).
— Recht der Schuldverhältnisse. 3. Teil, 9. Aufl. München 1929 (Staudinger-Engelmann).
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Berlin 1888.

zum HGB:

Brand: Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1911.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, I 3. Aufl. Mannheim 1930.
Goldmann: Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1901.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch, Bd. I, 2. Aufl. Berlin 1914.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Aufl. Berlin 1906.
Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. München 1932. Berlin 1932.
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 1 14. Aufl. (Staub-Bondi).

sonstige:

Baumbach: Das gesamte Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Berlin 1931.
Brand: Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, 3. Aufl. Berlin 1929.
Dersch-Volkmar: Arbeitsgerichtsgesetz, 5. Aufl. Mannheim 1934.

Landmann-Rohmer: Kommentar zur Gewerbeordnung, 8. Aufl. Bd. II, 2. München 1932.
Molitor: Kommentar zur Tarifvertragsverordnung. Berlin 1930.
Potthoff: Kommentar zur Arbeitszeitverordnung. Berlin-Zehlendorf 1927.
Schneider-Günther: Arbeitsschutzrecht, 2. Aufl. Berlin 1927.

II. Lehrbücher, Handbücher usw.

Arbeitsrecht:

Erdmann-Meissinger: Die Arbeitszeitordnung. 5. Aufl. Berlin 1934.
Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I (Hueck), 3.—5. Aufl. Mannheim 1931.
Kaskel-Dersch: Arbeitsrecht, 4. Aufl. Berlin 1932.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag, I, II, Leipzig 1902 u. 1908.
Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Mannheim 1925.
Nikisch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Leipzig 1934.
Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht. Berlin 1923.
Silberschmidt: Das deutsche Arbeitsrecht, Bd. I, München 1926.
Sinzheimer: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. Jena 1927.

Sonstige:

Czyhlarz-San Nicolò: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, 19. Aufl. Wien 1933.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd. 8. Aufl. Berlin 1903.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 13. Bearb. Marburg 1931.
von Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. I u. III, Leipzig 1895 und München 1917.
Jellinek: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Berlin 1931.
Jörs-Kunkel: Römisches Privatrecht, 2. Aufl. Berlin 1935.
Titze: Das kaufmännische Hilfspersonal, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. II, S. 545 ff. Leipzig 1918.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I. Leipzig 1910. Bd. II, 1 Leipzig 1914.

III. Einzelschriften:

André: Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte, in: Festgaben für Enneccerus. Marburg 1913.
Anraths: Abhängigkeit und Führungsrecht im Dienstverhältnis. DAR. 1935 S. 130 ff.
Bewer: Arbeitsentgelt bei nichtigem und fehlendem Arbeitsvertrage. Leipziger Zeitschrift 1924 Sp. 320 ff.
Bloch: Der kaufmännische Lehrvertrag. München 1898.
Bodmann: Einige grundsätzliche Fragen zum Arbeitsvertragsrecht. Arbeitsrecht u. Volkstum 1935 Sp. 72 ff.
Bovensiepen: Verstoß gegen gute Sitten im Arbeitsverhältnis. ArbR. 1922 Sp. 197 ff.
— Arbeitswucher und Strafrecht, AR. 1922 Sp. 339 ff.
Breit: Die Geschäftsfähigkeit. Leipzig 1903.

Bülow: Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung. ArchZivPr. 64 (1881) S. 1 ff.
Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. Jena 1911.
Denecke: Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitverhältnis? DAR. 1934, S. 219 ff.
— Betrieb und Unternehmen im neuen Arbeitsrecht. DAR 1936, S. 14 ff., 43 ff.
Dersch: Das Beschäftigungsverhältnis im Arbeitsrecht und seine Auswirkungen. ArbeitsRPrax. 1930, S. 112 ff., 181 ff.
— Die Rechtsnatur der Tarifordnung und der Betriebsordnung in ihren praktischen Auswirkungen. DAR 1934, S. 65 ff.
— Werdendes Arbeitsrecht, DAR 1935, S. 187. (Ztschr. d. Ak. f. Dt. Recht 1935, S. 368 ff).
Ennecerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Bd. I, Marburg 1888.
Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit. Berlin 1903.
Friedrichs: Gesetzliches Verbot und Nichtigkeit im Dienstvertrage. ArbR. 1924, Sp. 891 ff.
Fürnrohr: Ersatz für Nichtigkeit vereinbarter Kündigungsfristen. JW 1914, S. 282 ff.
v. Gierke: Dauerschuldverhältnisse, JherJ. 64 (1914) S. 355 ff.
— Die Wurzeln des Dienstvertrages in: Festschr. f. Heinr. Brunner. München 1914.
Grub: Der Lohnanspruch bei vereinbarter Mehrarbeit. ArbGer 1928 Sp. 256 ff.
Halbe: Hatte und hat ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot immer die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge? Erlanger Diss. 1906.
Hausmeister: Kaufmannsgericht und § 139 BGB. Holdh. Z. 19 (1910) S. 286 ff.
Hedemann: Die Flucht in die Generalklauseln. Tübingen 1933.
Herbst: Der Treudienstvertrag. DAR. 1935, S. 181 ff.
Herz: Der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukt. JherJ. 74 (1924) S. 1 ff.
Herzog: Quantitative Teilnichtigkeit. Göttinger Diss. 1926.
Höhn: Der Führerbegriff im Staatsrecht. DR 1935, S. 296 ff.
— Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft. Hamburg 1935.
— Vom Wesen der Gemeinschaft. Berlin 1934.
Horrwitz: Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge. Berlin 1905.
Huber: Betriebsordnung und Tarifordnung. JW 1934, S. 1017 ff.
Hueck: Heilung nichtiger Arbeitsverträge durch Tarifvertrag. Arbeitsrecht 1923 Sp. 347 ff.
— Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis im neuen Arbeitsvertragsgesetz. JherJ. 74 (1924) S. 358 ff.
Jacobsohn: Die Nichtigkeit stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums. JherJ. 56 (1910) S. 329 ff.
Kahn-Freund: Umfang der normativen Wirkung des Tarifvertrages und Wiedereinstellungsklausel. Berlin 1928.
Kausen: Ist „Beschäftigung im Betriebe" eine vom Arbeitsvertrag unabhängige Rechtsfigur? ArbGer 1930 Sp. 428.
— Das Beschäftigungsverhältnis als Rechtsbegriff. NöfA 1931 Sp. 145 ff.
— Das Treueverhältnis als Ausgangspunkt des neuen Arbeitsrechts. DAR 1934, S. 71 ff.

— Über das Verhältnis des tatsächlichen Beschäftigtseins zum Einzelarbeitsvertrag. ArbR 1930 Sp. 673 ff.
Klotz: Grundformen werdenden Arbeitsrechts, DAR 1935, S. 226 ff.
Kreller: Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, ArchZivPr. 122 (1924) S. 1 ff.
Kühn: Der Führergedanke in der neuen Arbeitsverfassung. Leipzig 1935.
Lange: Generalklauseln und neues Recht. JW 1933, S. 2858 ff.
— Vom alten zum neuen Schuldrecht. Hamburg 1934.
Lenel: Parteiabsicht und Rechtserfolg. JherJ. 19 (1881) S. 154 ff.
Ley: Durchbruch der sozialen Ehre, Reden und Gedanken für das schaffende Deutschland. Berlin 1935.
Mansfeld: Vom Arbeitsverhältnis. ZAkadDR 1935, S. 906 ff.
— Besprechung von: Siebert: Arbeitsverhältnis, DAR 1936, S. 26.
— Die arbeitsvertragliche Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, JW 1936, S. 481 ff.
Meisner: Nichtigkeit des Anstellungsvertrages bei Abdingung des § 63 HGB. GKG 20 Sp. 149.
Molitor: Arbeitnehmer und Betrieb. Marburg 1929.
— Das Beschäftigungsverhältnis im Arbeitsrecht. NZfAR. 1931 Sp. 109 ff.
Nelken: Die deutschen Handwerker- und Arbeiterschutzgesetze. Berlin 1901.
Neumann: Wiederaufnahme des Streites um § 63 Abs. 1 HGB. GKG. 20, S. 340 ff.
Nikisch: Der Anstellungsvertrag. JherJ. 80 (1930) S. 1 ff.
— Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag. Berlin 1926.
— Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Leipzig 1934.
— Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit und das neue Arbeitsrecht, JW 1935, S. 1288 ff.
Nipperdey: Das Arbeitsrecht, in: Recht und Staat im neuen Deutschland, Bd. II. Berlin 1929, S. 108 ff.
— Beiträge zum Tarifrecht. Mannheim 1924.
— Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzrechts in: Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Berlin 1929. Bd. IV, S. 203 ff.
— Das System des neuen Arbeitsrechts. ZAkadDR 1935, S. 911 ff.
Oertmann: Hungerlohn und Arbeitsvertrag, DJZ 1913, Sp. 254 ff.
— Nichtigkeit einzelner Klauseln im Dienstvertrag. GKG 20 (1915) Sp. 153 ff.
— Privatrechtliche Folgen der Überschreitung von Höchstpreisen. JW 1917, S. 255 ff.
— Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig 1914.
Pohle: Das Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnützung von Vollstreckungsmöglichkeiten. JW 1935, S. 161 ff.
— Der Pfändungsschutz für Lohn, Gehalt und ähnliche Bezüge. Berlin 1935.
Potthoff: Die Bestimmungsgründe des Arbeitsvertrages. JW 1921, S. 1285 ff.
— Die „Entthronung" des Arbeitsvertrages. NZfA 1931 Sp. 283 ff.
— Nicht Vertrag mit dem Arbeitgeber sondern Beschäftigung im Betriebe ist die Grundlage des Arbeitsverhältnisses. ArbRPrax. 1928, S. 5 ff.
— Straflose Überarbeit, Überstundenvertrag und Mehrleistungspflicht. NZfA 1925 Sp. 579 ff.
— Wesen und Ziele des Arbeitsvertrages. Berlin 1922.
— Das Deutsche Arbeitsrecht, Berlin 1935.

Prahl: Nichtigkeit des Anstellungsvertrages bei Abdingung des § 63 HGB. GKG. 19 Sp. 282 ff.
Prenner: Die Anwendung des § 139 RGB im Dienstvertrage. Arbeitsrecht 1/2 (1914) Sp. 83 ff.
Lutz Richter: Arbeitsvertrag und Arbeitsordnungsgesetz. Soz. Prax. 1934 Sp. 249 ff.
— Arbeitsrecht als Rechtsbegriff. Leipzig 1923.
— Die Rechtswirkung der Tarifordnung. JW 1934 S. 1013 ff.
— Arbeitszeit (Heerschild Schriftenreihe Heft 13) München 1934.
Riezler: Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.
Rundstein: Der Widerspruch mit dem eigenen Verhalten in der Theorie des französischen Privatrechts. ArchbürgR 43 (1919) S. 319 ff.
Schmitt: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Hamburg 1934.
— Nationalsozialistisches Rechtsdenken. Deutsches Recht 34 S. 225 ff.
Schroeder: Über die verbotenen Rechtsgeschäfte nach heutigem Recht. Breslauer Diss. 1905.
Schwister: Gesetz und Richteramt. DJZ 1934 Sp. 1429 ff.
Siebert: Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches (sozialrechtliches) Rechtsverhältnis. DAR 1935 S. 91 ff.
— Auflockerung und Umbruch im „bürgerlichen" Recht, DR 1935 S. 56.
— Der Einzelarbeitsvertrag. DR 1934 S. 461.
— Die Treue im Arbeitsrecht, DR 1934 S. 537.
— Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Marburg 1934.
— Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis, DR 1935 S. 481 ff.
— Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, Hamburg 1935.
— Die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses, DAR 1936 S. 6 ff.
— Arbeitsverhältnis und Vertrag, ZAkadDR 1936 S. 93 ff.
— Die nationalsozialistische Ordnung der Arbeit, DR 1926 S. 101 ff.
Sigel: Der gewerbliche Arbeitsvertrag. Stuttgart 1903.
Silberschmidt: Arbeitsverhältnis und Schuldverhältnis JW 1923 S. 221 f.
Titze: Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin 1910.
Weigelt: Nicht Arbeitsvertrag sondern Arbeitsverhältnis ArbRuVolkst 1934 Sp. 5 ff.
— Die Umgestaltung des Arbeitsvertragsrechtes durch das AOG, Soziale Praxis 1935 Sp. 549 ff.
Werner: Die Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, VerwArch 40 (1935) S. 316 ff.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.
Unbekannter Verfasser (Höhn?): Führung als Rechtsprinzip, DR 1934 S. 327 ff.

Abkürzungen.

ArbGer	Das Arbeitsgericht
ArbR	Arbeitsrecht
ArbEntschBln	Arbeitsrechtliche Entscheidungen des Gewerbe- und Kaufmannsgericht Berlin, Bd. I, 1925, Bd. II, 1927.
ArbRPrax	Arbeitsrechtspraxis.
ArbRSammlg	Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Reichsehrengerichtshofes, der Landesarbeitsgerichte, Arbeitsgerichte und Ehrengerichte (früher BenshSammlg).
ArbRuVolkst	Arbeitsrecht und Volkstum (bis 1932: Arbeitsrecht und Schlichtung).
GKG	Gewerbe- und Kaufmannsgericht
Gierke, Wurzeln	Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrages (in: Festschrift f. Heinrich Brunner, München 1914).
HoldheimsZ	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.
JahrbKfmGerBln	Jahrbuch des Kaufmannsgericht Berlin.
Nikisch, AOG	Nikisch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Leipzig 1934.
Nipperdey, RGFestg.	Nipperdey, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzrechts in: Festgabe zum 50 jährigen Bestehen des RG, Berlin 1929 Bd. IV.
Potthoff, Wesen	Potthoff, Wesen und Ziele des Arbeitsvertrages Berlin1922.
Ruben RspLAGBln	Die Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts. Berlin 1927—1932, herausgegeben von Ruben.
SächsArchfR	Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
SozPrax	Soziale Praxis, Zentralblatt für Sozialpolitik und Wohlfahrtspflege.
ZAkadDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.

Schriftsteller, von denen nur eine Schrift benutzt ist, sind nur mit dem Namen angeführt; bei den übrigen bezieht sich der Name ohne Zusatz auf Schriften der Gruppen I und II.

Gliederung.

Seite:

Einleitung: Aufgabe und Grundbegriffe 11

Teil I: Der Arbeitsvertrag nach dem AOG. . . . 13

1. Abschnitt: Die Auffassungen vom Wesen des Arbeitsvertrages vor dem AOG 14

2. Abschnitt: Das Wesen des Arbeitsvertrages nach dem AOG . . . 19

3. Abschnitt: Folgerungen aus der neuen Auffassung vom Arbeitsvertrage 39

Teil II: Arbeitsverträge, die gegen § 134 BGB verstoßen. 52

1. Abschnitt: Arbeitsverträge, die gegen Ausgestaltungsverbote verstoßen 52

2. Abschnitt: Arbeitsverträge, die gegen Eingehungsverbote verstoßen . 64

Teil III: Arbeitsverträge, die gegen § 138 BGB verstoßen. 80

1. Abschnitt: Die Rechtsfolgen der gegen § 138 BGB verstoßenden Verträge nach bisheriger Auffassung 82

2. Abschnitt: Die Rechtsfolgen der gegen § 138 BGB verstoßenden Verträge nach der hier vertretenen Auffassung 90

Schluß: Zusammenfassung 99

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548122_0138

Einleitung: Aufgabe und Grundbegriffe.

1.

Beim Verstoß von Arbeitsverträgen gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten ergeben sich eine Reihe von Zweifelsfragen, über die im Schrifttum Streit besteht. Es soll hier untersucht werden, ob sich diese Streitfragen mit Hilfe der neuen Anschauung vom Wesen des Arbeitsverhältnisses, wie sie sich unter dem Einfluß des AOG entwickelt hat, nicht in befriedigenderer Weise lösen lassen als bisher.

Art und Bedeutung der hier auftauchenden Fragen zeigen folgende Beispiele:

Die Kellnerin K. ist bei dem Gastwirt G. angestellt. Die Entlohnung soll nur durch Trinkgelder erfolgen, die die K. von den Gästen bekommt. Der Vertrag verstößt gegen die Bestimmung des § 17 Abs. 2 des GastStättGes. in Verbindung mit III. Abschnitt Ziffer 9 pr. DurchfVO. vom 18. Juni 1930. Hat dieser Verstoß einer einzelnen Bestimmung gegen das Verbot die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge oder nur die Nichtigkeit der verstoßenden Bestimmung? Falls nur diese Bestimmung nichtig ist, wie ist die entstehende Lücke auszufüllen? Gelten die gesetzlichen Bestimmungen (§ 612 Abs. 2 BGB)? oder wie ist der Lohn sonst zu ermitteln?

Der Handlungsgehilfe H. ist seit dem 1. Januar 1935 gegen ein Jahresgehalt von 4800.— RM bei dem Kaufmann K. angestellt. Im Anstellungsvertrage ist eine Kündigungsfrist von 4 Kalenderwochen vereinbart. K. kündigt am 1. Juni 1935. Die vereinbarte Kündigungsfrist verstößt gegen die Vorschrift des § 67 Abs. 1 HGB. Gilt nun die gesetzliche Kündigungsfrist (§ 66 HGB) und endet der Vertrag deshalb erst am 30. September? Oder gilt die Mindestkündigungsfrist, die die Parteien hätten vereinbaren können (§ 67 Abs. 1 HGB) und endet der Vertrag daher schon am 31. Juli?

Die 17 ½ jährige Bardame D. ist in der B.-Bar ohne die erforderliche polizeiliche Genehmigung auf Grund eines mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters abgeschlossenen Arbeitsvertrages beschäftigt. Der Vertrag verstößt gegen § 17 GastStättGes. in Verbindung mit Abschnitt III der Preußischen Durchführungs-Verordnung vom 18. Juni 1930. Ist er damit

vollständig unwirksam? Bestehen also keine vertraglichen Ansprüche und ist die D. auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung angewiesen? Oder stehen der D. Gehaltsansprüche auf Grund des verbotenen Vertrages zu?

Der Schlosser Sch. ist in der Fabrik des F. beschäftigt. Seine Tätigkeit nimmt ihn voll in Anspruch, sodaß er keinem Nebenerwerbe nachgehen kann. Der vereinbarte Lohn ist so niedrig, daß Sch. davon nicht einmal die zum bescheidenen Lebensunterhalt erforderlichen Aufwendungen bestreiten kann. Der Vertrag ist wucherisch. Entfallen damit alle vertraglichen Ansprüche? Kann also F. den Sch. unter Berufung auf die Nichtigkeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist entlassen? Oder bestehen wenigstens für die Zeit, während der Sch. tatsächlich Arbeit geleistet hat, vertragliche Ansprüche? Hat Sch. mindestens einen Anspruch auf den vereinbarten Lohn? Oder auf den angemessenen? Oder kann F. die Auszahlung des Lohnes mit der Begründung verweigern, Sch. habe wegen der Nichtigkeit des Vertrages nur Bereicherungsansprüche, seine Leistungen hätten aber für ihn keinen Wert, weil die von Sch. hergestellten Teile nur für die Ausfuhr nach Chile in Frage kämen, die chilenische Regierung aber die Einfuhr für diese Gegenstände gesperrt habe?

2.

Im Laufe dieser Untersuchungen werden eine Reihe von Begriffen eine Rolle spielen, deren Bedeutung im Schrifttum schwankt. Sie sollen hier wie folgt verwendet werden:

Unter Arbeitsvertrag soll der privatrechtliche Vertrag verstanden werden, durch den sich der eine Teil (der Beschäftigte) verpflichtet, für den anderen (den Unternehmer) nach dessen Anweisungen Arbeit zu leisten[1]). Es handelt sich hierbei um dieselbe Erscheinung, die bisweilen als abhängiger Arbeitsvertrag bezeichnet wird[2]). Nikisch nennt diesen Vertrag Anstellungsvertrag[3]). Lotmar versteht unter Arbeitsvertrag jeden gegenseitigen Vertrag, in dem Arbeit gegen Entgelt versprochen wird, schließt also auch den Werkvertrag mit ein[4]). Nach Mansfeld ist Arbeitsvertrag die Einigung zwischen Unternehmer und Beschäftigtem über den Eintritt in die Betriebsgemeinschaft[5]). Was hier als Arbeitsvertrag bezeichnet wird, sieht Mansfeld als „Vorvertrag" an[6]).

---

[1]) Hueck-Nipperdey S. 100; Staudinger-Nipperdey, Vorbem. vor § 611 Anm. II[3]. [2]) Staudinger-Nipperdey a. a. O.

[3]) Nikisch Iher J. 80 S. 1 ff. insbes. S. 45, ihm folgen Sinzheimer S. 117 ff. und Jakobi S. 48 ff.

[4]) Lotmar I S. 1, 54, 269. [5]) Mansfeld JW. 1936 S. 482.

[6]) a. a. O. S. 483. Ähnlich Siebert ZAkadDR. 1936 S. 94 unter II, der freilich auch das Wort „Vorvertrag" vermeidet und von einer „vorbereitenden Vereinbarung" spricht.

Als Arbeitsverhältnis soll der Inbegriff von Rechtsfolgen bezeichnet werden, die aus einem Arbeitsvertrage entspringen[7]). Diese Rechtserscheinung wird auch als Arbeitsvertragsverhältnis bezeichnet[8]), und von Nikisch Anstellungsverhältnis genannt[9]). Potthoff bezeichnet als Arbeitsverhältnis die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen, die auf Grund eines Arbeitsvertrages oder eines vertragslosen Beschäftigungsverhältnisses zwischen Beschäftigten, Unternehmer aber auch zu den Mitarbeitern und sonstigen Personen bestehen, die in Ausübung der Arbeitstätigkeit in rechtliche Beziehungen zum Beschäftigten und Unternehmer treten[10]).

Der Inbegriff der Beziehungen, die zwischen einem Beschäftigten und einem Unternehmer bestehen, wenn der Beschäftigte auf Grund eines Vertrages in den Betrieb eingegliedert ist, soll Beschäftigungsverhältnis genannt werden[11]). Mansfeld bezeichnet dieses Verhältnis als Arbeitsverhältnis[12]).

Soweit die Arbeitsleistung nicht auf Grund eines Vertrages erfolgt, soll dieselbe Erscheinung tatsächliches Beschäftigungsverhältnis heißen[13]). Andere sprechen von Beschäftigungsverhältnis ohne Rücksicht darauf, ob der Beschäftigte auf Grund eines Vertrages oder ohne Vertrag in den Betrieb eingegliedert ist[14]). Hueck faßt die Fälle des Beschäftigungsverhältnisses und des tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisses unter dem Namen faktisches Arbeitsverhältnis zusammen[15]).

Teil 1: Der Arbeitsvertrag nach dem AOG.

3.

Gegenstand der Betrachtung soll der Arbeitsvertrag sein. Nun werden in vielen Arbeitsverhältnissen praktisch die in Betriebsordnungen und Tarifordnungeen angeordneten Rechtsfolgen eine viel größere Rolle spielen als die wenigen Bestimmungen des vielleicht nur mündlich abgeschlossenen Arbeitsvertrages. Hier ist aber von Arbeitsverhältnissen auszugehen, die weder einer Betriebsordnung noch einer Tarifordnung unterworfen sind. Nur in diesen Fällen kann sich einwandfrei zeigen, welche Wirkungen der nichtige Vertrag hat. Denn überall da, wo Be-

---

[7]) Hueck-Nipperdey S. 112 zu 1,
[8]) vgl. Hueck-Nipperdey a. a. O.,
[9]) Jher J. 80 S. 51
[10]) ArbR. 22 Sp. 372 ff.
[11]) Nikisch a. a. O. S. 53 ff., 125 ff.
[12]) Mansfeld JW. 1936 S. 482 f.
[13]) Nikisch a. a. O. S. 131
[14]) Molitor NZfA. 31 Sp. 110 ff.
[15]) Hueck-Nipperdey S. 114.

Betriebs- oder Tarifordnungen hineinspielen, entsteht die Schwierigkeit, festzustellen, welche Wirkungen denn nun auf den Vertrag selbst und welche auf die Betriebsordnung oder Tarifordnung zurückgeführt werden müssen.

Aufgabe dieser Untersuchung ist es, festzustellen, welche Folgerungen sich aus der neuen Anschauung vom Wesen des Arbeitsvertrages für die Fälle der Nichtigkeit von Arbeitsverträgen nach §§ 134, 138 BGB ergeben, wie sich also die Rechtsfolgen *solcher* Arbeitsverträge gestalten, bei denen die Voraussetzungen dieser Verbotsbestimmungen gegeben sind[16]). Um diese Frage beantworten zu können, muß zuvor dargelegt werden, worin nach der neuen Auffassung das Wesen des Verstoßes eines solchen Vertrages gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten zu erblicken ist. Dazu bedarf es aber wieder einer Darstellung der neuen Anschauungen vom Wesen des Arbeitsvertrages. Sie wären kaum verständlich, wenn sie nicht im Zusammenhang mit den bisherigen Ansichten betrachtet würden. Es ist deshalb zunächst eine Darstellung der bisherigen Auffassungen vom Wesen des Arbeitsvertrages vorauszuschicken.

Erster Abschnitt: Die Auffassungen vom Wesen des Arbeitsvertrages vor dem AOG.

4.

Die überwiegende Meinung faßte das Arbeitsverhältnis bisher als Schuldverhältnis auf, wenn auch allgemein anerkannt wurde, daß es sich von anderen Schuldverhältnissen durch einen gewissen personenrechtlichen Einschlag unterscheide. Dabei verstand man unter Schuldverhältnis ein Rechtsverhältnis, das auf den Austausch genau umschriebener Leistungen zur Befriedigung von Privatinteressen der Beteiligten gerichtet war[17]).

Im Arbeitsvertrage verpflichtet sich der Beschäftigte zur Leistung von Arbeit gegen Entgelt. Der eine Teil hat also vom anderen eine Leistung zu fordern. Ein solcher Vertrag ist nach § 241 BGB ein Schuldverhältnis. Dabei ist es gleichgültig, ob die Leistungen in der Hingabe von Sachgütern oder in der Aufwendung einer Tätigkeit bestehen, da auch solche Leistungen Inhalt eines Schuldverhältnisses sein können[18]).

---

[16]) über die praktische Bedeutung dieser Frage vgl. S. 1 ff.

[17]) Enneccerus-Nipperdey § 1 pr., II; Staudinger-Nipperdey Einl. zum Recht für Schuldverhältnisse I 1 S. 3.

[18]) Hueck-Nipperdey S. 101; Kaskel-Dersch S. 138 ff. Oertmann ArbR. S. 14; Staudinger-Nipperdey § 611 Vorbem. II 6 b und Jung Jher J. 69 S. 68 f.

Die Wurzeln dieser Auffassungen liegen in der geschichtlichen Entwicklung, die die Rechtserscheinung des Arbeitsverhältnisses in Deutschland unter dem Einfluß des römischen Rechtes genommen hat. Das römische Recht kannte Arbeit zunächst nur in der Form der Sklavenarbeit. Der Vertrag, durch den sich der Unternehmer fremde Arbeitskraft verschaffte, war so ursprünglich ein Vertrag über die Arbeitskraft eines Sklaven, also — wie heute noch der Vertrag über die Arbeitskraft eines Tieres — Sachmiete. Als dann auch Freie ihre Arbeitskraft einem Unternehmer zur Verfügung stellten, spaltete sich von der Sachmiete die Rechtserscheinung der locatio conductio operarum[19]) ab. Ist so die locatio conductio operarum als Sonderfall der Sachmiete entstanden, so ist es nicht verwunderlich, daß sie nach römischer Auffassung ein reiner Schuldvertrag, ein Austauschvertrag über die Ware Arbeitskraft war. Zwar haben sich insbesondere im Sonderrecht einzelner Berufsgruppen (z. B. im Rechte der gewerblichen Arbeitnehmer, im Bergrecht, in der Seemanns-Ord.) die auf personenrechtlicher Grundlage ruhenden deutschen Rechtsgedanken erhalten[20]). Doch war in der Theorie des gemeinen Rechts die Vorstellung von der inneren Verwandtschaft von Sach- und Dienstmiete noch durchaus lebendig[21]).

5.

Wenn man das Arbeitsverhältnis nach dem BGB als Schuldverhältnis mit personen-rechtlichem Einschlage bezeichnete, dachte man dabei an die Fürsorge- und Schutzpflichten, ferner an die gegenseitigen Treupflichten, die das Arbeitsverhältnis enthielt. Derartige Rechte und Pflichten sind freilich für ein reines Schuldverhältnis ungewöhnlich[22]).

Demgegenüber gab es Stimmen, die schon für das frühere Recht die Ansicht vertraten, das Arbeitsverhältnis sei seinem Wesen nach kein Schuldverhältnis, sondern ein personen-rechtliches Organisationsverhältnis[23]). Potthoff forderte, daß man das Arbeitsverhältnis neben den familienrechtlichen Verhältnissen und dem Beamtenverhältnis als besonderes personen-rechtliches Rechtsverhältnis anerkenne[24]).

---

[19]) Gierke, Wurzeln S. 39; vgl. auch Czyhlarz-San Nicolo S. 245; a. M. Lotmar I S. 50 ff., insbes. S. 52.

[20]) Gierke a. a. O. S. 50 f.

[21]) RG. Bd. 3 S. 179 (181).

[22]) Hueck-Nipperdey S. 102; Kaskel-Dersch S. 137 f.; Silberschmidt S. 20; Staudinger-Nipperdey § 611 Vorbem. II 6c und Nikisch Iher J. 80 S. 47.

[23]) insbes. Potthoff ArbR. 22 S. 267 ff., 271 ff. und ArbR. 23, Sp. 419, 25 Sp. 244; Herz Iher J. 74 S. 24. Aber schon vorher hat Gierke (Iher J. 64 S. 409 ff.) darauf hingewiesen, daß Lohnarbeit keine Ware sei und daß die Funktion des Dienstvertrages nicht im Güteraustausch bestehe, sondern daß es sich um einen Vertrag der sozialen Organisation handele (Vgl. auch Gierke, Wurzeln S. 54).

[24]) ArbR. 1922 Sp. 275 ff., 1925 Sp. 244 ff.

Potthoff fand die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses gegenüber den Schuldverhältnissen einmal in der Eigenart des Leistungsgegenstandes; denn der Beschäftigte verspreche nicht Sachleistungen oder Vermögenswerte, sondern „sich selbst“[25]). Ein Rechtsgeschäft, durch das über Menschen verfügt werde, könne aber kein Schuldverhältnis sein[26]). Einen weiteren Unterschied fand Potthoff in der Besonderheit der Beziehungen zwischen den Vertragsteilen. Es liege kein Austauschverhältnis vor, sondern ein Organisationsverhältnis, weil nicht Leistung gegen Gegenleistung ausgetauscht, sondern der Beschäftigte in den organisatorischen Verband des Unternehmens eingegliedert werde[27]). Ein Schuldverhältnis könne auch nur Beziehungen zwischen den Vertragsteilen begründen. Die Annahme einer Beziehung nur zwischen den einzelnen Beschäftigten und dem Unternehmer werde aber dem Wesen des Großbetriebes nicht gerecht. Dort stehe dem Unternehmer nicht eine Summe einzelner Beschäftigter gegenüber, die unter sich beziehungslos nebeneinander ständen, sondern alle Beschäftigten zusammen bildeten ein organisatorisches Ganzes, dessen Teile nur als Teile dieses Ganzen Bedeutung hätten[28]). Endlich seien auch, wenn man das Arbeitsverhältnis als Schuldverhältnis auffasse, die sozialen Anforderungen an den Unternehmer nicht zu rechtfertigen. So sei es von der Auffassung des Arbeitsverhältnisses als Schuldverhältnis her nicht einzusehen, warum der Unternehmer den Lohn nach den Bedürfnissen der Familie des Beschäftigten abstufen müsse oder warum er die Kosten eines Ehrenamtes des Beschäftigten oder des Kriegsdienstes tragen solle[29]).

Die herrschende Ansicht hielt Potthoff entgegen, daß auch die Arbeitsleistung eine Leistung sei, die Inhalt eines Schuldverhältnisses sein könne[30]). Die Auffassung Potthoffs enthalte die Behauptung einer persönlichen Herrschaft des Unternehmers über den Beschäftigten[31]). Das zweifellos im Arbeitsverhältnis vorhandene personenrechtliche Element nehme dem Arbeitsverhältnis nicht den Charakter eines Schuldverhältnisses[32]).

---

[25]) ArbR. 1922 Sp. 271 f., 275 f.

[26]) Potthoff Wesen S. 19, ähnlich Sinzheimer S. 10.

[27]) Wesen S. 15, ArbR. 1922 S. 275, 1925 S. 245; auch Herz JherJ. 74, 25. Ähnlich auch Nikisch, Grundformen S. 117, der freilich der Ansicht ist, daß das Arbeitsverhältnis deswegen noch kein personenrechtliches Verhältnis werde (a. a. O. S. 188 ff.)

[28]) Potthoff Wesen S. 14, 20.

[29]) a. a. O. S. 23.

[30]) vgl. die Anm. 18 angeführten, ferner Silberschmidt JW. 1923 S. 223; Sinzheimer S. 119 Anm. 2.

[31]) Hueck-Nipperdey S. 102. Oertmann ArbVR. S. 15, Nipperdey, Recht und Staat im neuen Deutschland, Bd. 2, S. 112; Kausen ArbGer. 1930, S. 414; Nikisch JherJ. 80, 128.

[32]) Oertmann ArbVR. S. 14, Silberschmidt, S. 20, Molitor Wesen, S. 14, Nikisch, Grundformen S. 188 ff.

Außerdem ergebe sich aus den Ausführungen Potthoffs, daß die Einräumung individueller Rechte für den Beschäftigten gerade nur dann gewährleistet sei, wenn man an der schuldrechtlichen Auffassung festhalte. Er sage ja selbst, daß die Auffassung des Arbeitsverhältnisses als Herrschaftsverhältnis eine Lebensfrage für die Betriebsform des Großbetriebes sei[33]).

Diese Einwendungen werden freilich den Ansichten Potthoffs nicht immer gerecht. Insbesondere ist es nicht berechtigt, ihm vorzuwerfen, er wolle „das Herrenverhältnis des Großbetriebes verewigen"[34]). Er wollte im Gegenteil einen stärkeren Schutz des Beschäftigten erreichen. „Im Widerstreit der Vermögensinteressen des Arbeitgebers mit den Lebensinteressen des Arbeitnehmers muß der Staat herzhaft Partei ergreifen zu Gunsten von Leben, Gesundheit und Arbeitskraft, die das wichtigste Volksgut bleiben"[35]). Nur dadurch unterscheidet sich Potthoff von seinen Gegnern, daß er sich eine Förderung dieser Bestrebungen nicht davon verspricht, daß man die schuldrechtlichen Elemente des Arbeitsverhältnisses betont, sondern gerade davon, daß die personen-rechtlichen Züge in den Vordergrund gestellt werden. Jedenfalls hat er klarer als seine Gegner erkannt, wie ungereimt es ist, einerseits zwar die Gleichberechtigung und beiderseitige Freiheit der Vertragsteile hervorzukehren, zugleich aber vom Unternehmer erhöhte Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der Beschäftigten zu fordern. Freilich hatte die herrschende Meinung wohl in einem entscheidenden Punkte recht: Die Ansicht, daß auch die Leistung abhängiger Arbeit Gegenstand eines Schuldvertrages sein könne, war so lange unangreifbar richtig, als man an der Auffassung festhielt, Arbeit sei eine Ware und „rein-rechtlich" wie jedes beliebige andere Vermögensstück zu behandeln. Man kann aber mit Potthoff sagen: „Wenn einmal alle Wirtschaftsarbeit auch formell Dienst an der Gemeinschaft ist, hört der Begriff (des Arbeitsverhältnisses als Austauschverhältnis von Lohn gegen Leistung) notwendig auf"[36]).

6.

Im Anschluß an die Übersicht über die verschiedenen Auffassungen vom Wesen des Arbeitsvertrages sind noch die Versuche zu erwähnen, sei es einige, sei es alle Rechtsfolgen des Arbeitsverhältnisses überhaupt nicht aus einem Vertrage, sondern aus einem neben und unabhängig von ihm bestehenden Beschäftigungsverhältnis herzuleiten.

---

[33]) Silberschmidt, S. 58, JW. 1923, S. 223.
[34]) Silberschmidt, JW. 1923 223.
[35]) Potthoff, Wesen S. 25.
[36]) Potthoff, Wesen S. 18.

Die Lehre vom Beschäftigungsverhältnis hat angeknüpft an eine Erscheinung des sozialen Versicherungsrechts. Dort wird das Bestehen der Versicherungspflicht und damit die Entstehung von Ansprüchen gegen den Versicherungsträger nicht davon abhängig gemacht, ob zwischen dem Beschäftigten und dem Unternehmer ein wirksamer Arbeitsvertrag zustande gekommen ist oder nicht, sondern schon der Eintritt in die versicherungspflichtige Tätigkeit genügt, um diese Rechtsfolge herbeizuführen[37]).

Man hat darauf hingewiesen, daß auch auf anderen Gebieten des Arbeitsrechts Rechtsfolgen nicht an den Vertrag, sondern an die Tatsache der Beschäftigung anknüpfen. So im Arbeiterschutzrecht[38]), im Betriebsverfassungsrecht[39]), beim Kündigungsschutz[40]), beim Mutterschutz[41]), in § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG[42]) und nach einer vielfach vertretenen Ansicht auch im Tarifvertragsrecht[43]). Man versucht nun, all diese Erscheinungen einheitlich auf ein vertragsloses Beschäftigungsverhältnis zurückzuführen, das neben oder hinter dem Arbeitsverhältnis stehe, das aber auch da gegeben sei, wo ein Arbeitsverhältnis fehle[44]). Dieses Beschäftigungsverhältnis sei ein tatsächliches Gewaltverhältnis, das durch tatsächliche (nicht rechtsgeschäftliche) Willensübereinstimmung von Beschäftigten und Betriebsinhaber zustande komme[45]).

Auf dieses tatsächliche Beschäftigungsverhältnis ist vor allem da zurückgegriffen worden, wo Arbeit geleistet wurde, ohne daß ein gültiger Arbeitsvertrag bestand[46]). Ferner ist versucht worden, damit die im Zusammenhange mit dem Übergang des Betriebes auf einen neuen Inhaber auftauchenden Fragen zu lösen[47]).

Im Anschluß an diese Gedankengänge ist von einigen gefordert worden, die Rechtsfolgen des Arbeitsverhältnisses künftighin über-

---

[37]) RVA. Entsch. Nr. 3102, EuM. 1927, S. 305; Dersch ArbRPrax. 1930, S. 144, NZfA. 1931, 157 ff.

[38]) vgl. Dersch NZfA. 1931, 157 ff.; Potthoff ArbRPrax. 1928 S. 6, NZfA. 1931 Sp. 285.

[39]) Dersch ArbRPrax. 30, S. 144/45, NZfA. 1931, 157/8; Molitor Arbeitnehmer und Betrieb S. 46 ff.; Potthoff ArbRPrax. 28 S. 6, NZfA. 1931 S. 285.

[40]) Dersch ArbRPrax. 1930. 144, NZfA. 1931, 157; Potthoff ArbRPrax. 28 S. 6.

[41]) Dersch ArbRPrax. 1930 S. 145.

[42]) Dersch-Volkmar § 2 Anm. 12 c S. 97.

[43]) Dersch ArbRPrax. 30 S. 145; Potthoff ArbRPrax. 1928 S. 6 u. NZfA. 1931, 285.

[44]) Dersch ArbRPrax. 30, S. 144, NZfA. 1931 S. 160; Molitor NZfA. 1931 S. 111 ff.

[45]) Molitor, Arbeitnehmer u. Betrieb S. 10 ff, 14 ff, 16 f; Dersch a. a. O.; Klotz DAR 1935 S. 229.

[46]) vgl. die Anm. 37, 38 angeführten; ferner Molitor NZfA. 1931 Sp. 114. Klotz DAR 1935 S. 229.

[47]) Dersch ArbRPrax. 1930 Sp. 182 ff. NZfA. 1931 Sp. 160.

haupt nicht an den Arbeitsvertrag, sondern an die Zugehörigkeit zum Betriebe anzuknüpfen[48]). Potthoff hat geradezu von einer „Entthronung" des Arbeitsvertrages gesprochen, die er freilich nicht als Beseitigung, sondern nur als Verdrängung von der überragenden Herrschaft aufgefaßt wissen will[49]).

Doch haben die meisten Anhänger des Beschäftigungsverhältnisses stets betont, daß nicht daran gedacht sei, etwa die vertraglichen Ansprüche, insbesondere den Lohnanspruch irgendwie in Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis zu bringen[50]).

Die Annahme eines besonderen neben dem Arbeitsverhältnis bestehenden Beschäftigungsverhältnisses hat insbesondere Kaufen bekämpft[51]). Die Beschäftigung sei nur eine Tatsache, an die Rechtsfolgen nicht geknüpft seien[52]). Soweit die Vorschriften des sozialen Versicherungsrechtes und des Arbeiterschutzrechtes auf Fälle Anwendung fänden, in denen kein gültiger Arbeitsvertrag vorliege, handele es sich einmal entweder um stillschweigende Arbeitsverträge[53]) oder um nur teilweise nichtige Verträge[54]). Zum andern lägen dort Rechtsfolgen vor, die dem Gebiete des öffentlichen Rechtes angehörten, das öffentliche Recht habe aber naturgemäß keinen Anlaß, auf die Gültigkeit privatrechtlicher Verträge abzustellen[55]). An andern Stellen hat er freilich wenigstens für die Fälle der Vollnichtigkeit von Arbeitsverträgen zugegeben, daß dort das tatsächliche Beschäftigtsein gewisse Rechtsfolgen nach sich ziehe, in diesen Fällen fehlerhafter Arbeitsverträge will er den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses als Hilfsbegriff anerkennen[56]).

Zweiter Abschnitt:
Das Wesen des Arbeitsvertrages nach dem AOG.

7.

Wenn man den bisherigen Einteilungen des Arbeitsrechts folgt, können die Bestimmungen, die die Beziehungen zwischen Unterneh-

---

[48]) Nikisch AOG. S. 9 ff. S. 38; Potthoff NZfA. 1931 Sp. 286; vgl. auch RAG. ArbSammlg. 3 S. 116 (120); § 52 Entw. eines Arbeitsvertrages-Ges. ferner Klotz DAR. 1935 S. 229. [49]) ArbRPrax. 1928 Sp. 6; NZfA. 1931 Sp. 283.

[50]) Dersch ArbRPrax. 1930 S. 182 ff. NZfA. 1931, 160; Molitor, Arbeitnehmer u. Betrieb 18, 19, 24; weiter will anscheinend Klotz DAR 1935 S. 228 f. gehen.

[51]) neuerdings auch Siebert von seiner Auffassung des Arbeitsverhältnisses als Gliedschaftsverhältnis aus; vgl. Siebert, Arbeitsverhältnis S. 56 60, 87; vgl. auch unten S. 23 ff. [52]) Kaufen ArbR. 1930 Sp. 679.

[53]) Kaufen NZfA. 1931 Sp. 148 ff.

[54]) Kaufen ArbGer. 1930 Sp. 433 ff. ArbR. 30, Sp. 682 ff. NZfA. 1931 Sp. 152; [55]) Kaufen ArbGer. 1930 Sp. 440 ff, ArbR. 1930 Sp. 681.

[56]) Kaufen ArbR. 1930 Sp. 686, NZfA. 1931 Sp. 150, 152, 156.

mer und Beschäftigten regeln, zwei verschiedenen Teilgebieten angehören. Das Verhältnis des Unternehmers zum Beschäftigten wird einmal erfaßt von den Normen des Arbeitsvertragsrechts, zum andern aber auch von den Normen des Arbeitsverfassungsrechts[57]).

Es kann dahingestellt bleiben, wie diese Rechtsgebiete nach der neuen Auffassung vom Arbeitsrecht abzugrenzen sind. Man wird aber auch künftig zwischen Arbeitsvertragsrecht und Arbeitsverfassungsrecht unterscheiden müssen[58]). Dabei werden jedenfalls die Regeln, die die Beziehungen des Unternehmers zu seinen einzelnen Mitarbeitern zum Gegenstande haben, dem Arbeitsvertragsrecht zuzuteilen sein, während dem Arbeitsverfassungsrecht die Bestimmungen angehören werden, die für das Zusammenwirken aller im Betriebe Schaffenden von Bedeutung sind. Wer aber überhaupt diesen Unterschied als notwendig anerkennt — wie verschieden er ihn auch im Einzelnen bestimmen möge — wird zugeben müssen, daß die Vorschriften des AOG, die vom Verhältnis des Unternehmers zum Beschäftigten handeln, insbesondere die §§ 1 ff. unmittelbar nur Arbeitsverfassungsrecht enthalten[59]).

Der Zweck des Gesetzes, wie er insbesondere in den Kundgebungen maßgebender Persönlichkeiten der Reichsregierung und der Arbeitsfront zum Ausdruck gebracht worden ist, ist aber nicht darauf beschränkt, lediglich eine neue Ordnung des Arbeitsverfassungsrechtes zu geben, sondern das Gesetz soll die Grundlage eines neuen Arbeitsrechtes überhaupt sein. Es soll ein Programm für die „Erziehung des deutschen Volksgenossen" enthalten und die Grundsätze aufstellen, von denen künftig das Zusammenwirken von Unternehmern und Beschäftigten durchdrungen sein soll[60]). Soll das Gesetz diese große Aufgabe erfüllen können, so ist es unmöglich, die Anwendung der dort ausgesprochenen Grundsätze auf das Arbeitsverfassungsrecht zu beschränken, sondern sie müssen gerade so gut auch das Gebiet des Arbeitsvertragsrechts beherrschen[61]).

Auch widerspräche es nationalsozialistischem Rechtsdenken, Erscheinungen auseinander zu reißen, die in der Wirklichkeit des Lebens zusammengehören. So hängt das Verhältnis des Unternehmers zu den Beschäftigten in ihrer Eigenschaft als organisatorische Glieder eines Betriebes (Arbeitsverfassungsrecht) aufs engste zusammen mit dem Ver-

---

[57]) über diese Begriffe vgl. Hueck-Nipperdey S. 92, Kaskel-Dersch S. 306. Gegen diese Unterscheidung Siebert, Arbeitsverhältnis S. 64 u. a., ferner DAR. 1936 S. 9.

[58]) a. M. Siebert a. a. O.

[59]) so auch Dersch DAR. 1935 S. 189; Kühn S. 5.

[60]) Mansfeld-Pohl S. 75, 102; Siebert DR. 1934 S. 461, 537, der freilich neuerdings viel weiter geht. (Vgl. unten.).

[61]) Mansfeld-Pohl § 1 Anm. 3 a[3] S. 90, § 2 Anm. 1 S. 102; Dersch DAR. 1935 S. 189; im Ergebnis auch Dietz bei Hueck-Nipperdey-Dietz § 2 Anm. 15 u. Denecke DAR. 1934 S. 219.

hältnis des Unternehmers zu den einzelnen Beschäftigten als Vertragsteile nebeneinanderstehender Arbeitsverträge. Es handelt sich nicht um zwei von einander unabhängige Lebensverhältnisse, sondern nur um zwei verschiedene rechtliche Formen einunddersel ben Lebenswirklichkeit[62]). Die vom Gesetz als Betriebsgemeinschaft bezeichnete Beziehung zwischen dem Betriebsführer und der Gesamtheit der Beschäftigten ist nur die organisatorische Form, die sich über der Beziehung derselben Teile als Vertragsteile erhebt. Wenn das Gesetz für die eine Form dieser Beziehung Leitsätze aufstellt und ausspricht, von welchem Geiste dieses Verhältnis getragen sein soll, dann muß derselbe Geist auch die andere Form derselben Beziehung durchdringen. Die im AOG ausgesprochenen Grundsätze haben also nicht nur für das Arbeitsverfassungsrecht Bedeutung, sondern ebenso sehr auch für die inhaltliche Gestaltung der Arbeitsverträge die die Grundlage der Betriebsgemeinschaft bilden.

Zwar handelt das Gesetz in § 2 von der Beziehung zwischen Führer und Gefolgschaft, während die entsprechenden Begriffe auf dem Gebiete des Arbeitsvertragsrechts Unternehmer und Beschäftigte wären. Doch spricht diese Tatsache nicht gegen die Auffassung von der Einwirkung der Grundsätze des AOG. auf das Arbeitsvertragsrecht. Die beiden Begriffspaare „Führer — Gefolgschaft" und „Unternehmer — Beschäftigter" entsprechen ja gerade den beiden Formen Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis, die wir als Formen derselben Lebenserscheinung erkannt haben, und da das AOG unmittelbar nur die Form Betriebsgemeinschaft im Auge hat, muß es dementsprechend auch von Führer und Gefolgschaft sprechen. Aber dieselbe Fürsorgepflicht, die im Verhältnis Führer zur Gefolgschaft dem Führer obliegt, trifft im Verhältnis Unternehmer zum Beschäftigten den Unternehmer. Das vom Gedanken der Treue beherrschte Lebensverhältnis, das im Verhältnis Führer zu Gefolgschaft als Betriebsgemeinschaft erscheint, stellt sich im Verhältnis Unternehmer zum Beschäftigten als von demselben Treuegedanken erfülltes Arbeitsverhältnis dar. Dieses Arbeitsverhältnis ist eine Beziehung zwischen dem Unternehmer und jedem einzelnen seiner Beschäftigten. Wie sich die Rechtsbeziehungen der verschiedenen Beschäftigten untereinander gestalten, ist in diesem Rahmen nicht zu erörtern.

Hierbei darf noch darauf hingewiesen werden, daß nach dem Gesetz Unternehmer und Führer grundsätzlich in einer Person zusammenfallen. Der Führer des Betriebes ist nur der Träger gewisser Einzelaufgaben (Funktionen) des Unternehmers und zwar der Einzelaufgaben, die sich aus der Teilnahme an der Betriebsgemeinschaft ergeben. Nur in den Fällen, in denen der Unternehmer diese Einzelaufgaben nicht ausüben kann (sei es, weil er eine juristische Person ist oder weil er rechtlich unfähig ist, Führer des Betriebes zu sein), kommt es zu einer Zweiung

[62]) ähnlich Richter Soz.Prax. 1934 Sp. 252, 255.

von Unternehmer und Führer. Aber auch in diesen Fällen bleibt der vom Unternehmer verschiedene Führer nur der Träger bestimmter Einzelaufgaben des Unternehmers. Dann kann aber daraus, daß das AOG einzelne Rechte und Pflichten dem Führer und nicht dem Unternehmer übertragen hat, nicht geschlossen werden, daß diese Rechte und Pflichten den Unternehmer nicht berührten. Im Gegenteil „alle Rechte und Pflichten des Führers sind Rechte und Pflichten des Unternehmers“[63]. Im übrigen zieht auch Dietz, der den Unterschied zwischen der öffentlichrechtlichen Treupflicht, die den Führer trifft, und der arbeitsvertraglichen Treupflicht, die den Unternehmer trifft, besonders hervorhebt[64], daraus nicht die Folgerung, daß die für die Betriebsgemeinschaft gegebene Regelung für das Arbeitsverhältnis ohne Bedeutung sei[65].

8.

Wenn hier von einer inhaltlichen Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses gesprochen wird, so handelt es sich dabei nicht etwa um Änderungen der positiven Bestimmungen, die das Arbeitsvertragsrecht regeln[66].

Es ist freilich gelegentlich angenommen worden, daß aus den Bestimmungen des AOG unmittelbar neue Ansprüche der Beschäftigten abgeleitet werden könnten, z. B. ein Urlaubsanspruch[67], doch dürfte diese Ansicht über das Ziel hinausgehen, das sich das AOG selbst gesteckt hat. Dieses Gesetz hat gar nicht die Aufgabe, im einzelnen zu sagen, welche Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis hervorgehen sollen. Das zu bestimmen, wäre Sache eines Arbeitsvertragsgesetzes[68]. Sondern die Aufgabe des AOG kann sich — jedenfalls soweit sie das Arbeitsvertragsrecht angeht — nur darauf beschränken, anzugeben, mit welchem Geiste das Arbeitsverhältnis künftighin erfüllt werden soll[69]. Die inhaltliche Umgestaltung bedeutet also nicht Neuschöpfung positiver Normen, sondern nur eine neue Betrachtungsweise der alten Normen, die die bisherigen Einzelvorschriften in einem neuen Lichte erscheinen läßt. Das schließt freilich nicht aus, daß die neue Auffassung, da zu andern Rechtsfolgen als bisher führt, wo es für die Anwendung oder Nichtan-

---

[63]) Mansfeld JW. 1934 S. 1004.

[64]) bei Hueck-Nipperdey-Dietz § 2 Anm. 11.

[65]) a. a. O. Anm. 15.

[66]) Mansfeld-Pohl Einl. S. 21, § 1 Anm. 3 S. 85 und 3^{a3} S. 90, § 2 Anm. 2^{d} S. 109 u. 3d S. 115; Dietz bei Hueck-Nipperdey-Dietz § 2 Anm. 16.

[67]) Großendorf S. 19; Siebert, Arbeitsverhältnis S. 48, 57; Weigelt Soz.Prax. 1935 Sp. 554; für die Ableitung neuer Rechte aus der neuen „Ordnung“ ferner Schwister DJ3 1934 Sp. 1437 ff.

[68]) dessen Entwurf ja inzwischen der Arbeitsrechtsausschuß der Akademie für deutsches Recht fertiggestellt hat, vgl. Dersch DAR. 1935 S. 189 ff.

[69]) gegen Großendorf auch Mansfeld-Pohl § 2 Anm. 2d S. 108 f.; RAG. in JW. 1935 S. 1805 Nr. 40a.

wendung gesetzlicher Vorschriften auf das Wesen der Rechtsverhältnisse ankommt, auf die sie angewendet werden sollen[70]).

Darnach ist davon auszugehen, daß die Grundsätze, die das AOG für das Arbeitsverfassungsrecht gibt, auch auf das Arbeitsvertragsrecht anzuwenden sind[71])[72]).

Dagegen scheint Kausen eine solche unmittelbare Einwirkung des AOG auf das Arbeitsvertragsrecht abzulehnen[73]). Übelstände, die sich bei einer noch an den alten Grundsätzen des Schuldrechts orientierten Auslegung ergeben, will er nur unter „sinngemäßer Anwendung der Rechtsbehelfe bei Verstößen gegen Treu und Glauben"[74]) ausgleichen.

9.

Über den Einfluß, den das AOG auf den Arbeitsvertrag ausgeübt hat, werden verschiedene Ansichten vertreten.

Am weitesten gehen diejenigen, die annehmen, daß das AOG den Arbeitsvertrag des BGB überwunden habe[75]). So führt Siebert aus: Das AOG stellt die Betriebsgemeinschaft als Mittelpunkt der Beziehungen zwischen Unternehmer und Beschäftigten hin. Die Betriebsgemeinschaft ist eine konkrete Ordnung, eine echte Gemeinschaft. Sie steht als solche unter ihren eigenen Gesetzen[76]). Echte Gemeinschaft ist wesensmäßig einheitliche und ganzheitliche Gestaltung. Dann ist es aber nicht mehr möglich, das Arbeitsverhältnis, also die gliedschaftlichen Beziehungen zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Beschäftigten innerhalb der konkreten Gemeinschaft des Betriebes, irgendwie von der Betriebsgemeinschaft zu trennen[77]). Deshalb ist die Eingliederung des Arbeitsvertrages in die Betriebsgemeinschaft eine notwendige Folgerung aus dem Wesen dieser Gemeinschaft. Alle Wirkungen des Arbeitsverhältnisses beruhen auf der Gemeinschaft[78]). Es ist unzulässig und unmöglich daneben selbständige Sonderbeziehungen zwischen dem Unter-

---

[70]) vgl. unten S. 46 f.

[71]) so auch Mansfeld-Pohl § 1 Anm. 3[a3] S. 90 u. § 2 Anm. 1 S. 102; im Ergebnis auch Denecke DAR. 1934 S. 219; Dietz b. Hueck-Nipperdey-Dietz § 2 Anm. 15.

[72]) ebenso früher Siebert (DR. 1934 S. 461, 537), der freilich jetzt viel weiter geht (darüber s. u.).

[73]) DAR. 1934 S. 71 ff.

[74]) a. a. O. S. 73.

[75]) so vor allem Siebert, Arbeitsverhältnis, ferner DR 1935 S. 381 ff; 1936 S. 105; ZAkadDR. 1936 S. 93 ff; ähnlich Höhn, vergl. dazu unten S. 24. Im Ergebnis jetzt auch Mansfeld JW. 1936 S. 482 ff. Ihnen steht — freilich nur de lege ferenda — nahe Klotz DAR. 1935 S. 229.

[76]) Arbeitsverhältnis S. 60; DR. 1935 S. 483 unter III.

[77]) Arbeitsverhältnis S. 62, 63 ff.

[78]) Arbeitsverhältnis S. 64, 65.

nehmer und den einzelnen Beschäftigten anzuerkennen[79]). Das Arbeitsverhältnis ist ein personenrechtliches Gliedschaftsverhältnis. Seine Voraussetzungen und Wirkungen sind allein nach den Grundsätzen der Betriebsgemeinschaft zu bestimmen. Der Eintritt in die Betriebsgemeinschaft erfolgt durch „Einigung" zwischen dem „Eintretenden" und dem „Betriebsherrn"[80]). Freilich wird die „Ordnung der Betriebsgemeinschaft" vielfach nicht so erschöpfend bestimmt sein, als daß nicht noch Raum bestände für „zusätzliche Vereinbarungen", etwa über die Höhe des Lohnes, die Art der zu leistenden Arbeit, Urlaub, vereinbarte Bußen usw. Deshalb können die Beteiligten durch „zusätzliche Vereinbarung" Rechtswirkungen begründen, die die auf der Ordnung der Betriebsgemeinschaft beruhenden Wirkungen des Arbeitsverhältnisses „modifizieren"[81]). Ferner kann der Eingliederung in den Betrieb eine „Einigung" über die künftige Begründung eines Arbeitsverhältnisses vorangehen. Auch das ist eine „zusätzliche Vereinbarung"[82]).

Höhn will zwar ebenfalls die Rechtsfolgen des Arbeitsverhältnisses nicht aus dem Vertrage sondern aus der „konkreten Ordnung Betriebsgemeinschaft" herleiten. Er läßt aber den Arbeitsvertrag noch als Tatbestandsmerkmal für den Eintritt in die Betriebsgemeinschaft gelten[83]).

Mansfeld hält zwar noch am Begriff des Arbeitsvertrages fest, kommt aber sachlich Siebert sehr nahe[84]). Auch er leitet die Rechtswirkungen des Arbeitsverhältnisses aus der Betriebsgemeinschaft ab. Arbeitsvertrag ist für ihn nur die Einigung, die zur Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft führt mit den sie begleitenden „zusätzlichen Vereinbarungen"[85]). Davon unterscheidet er dann noch die „Einigung über die künftige Begründung eines Arbeitsverhältnisses". Das sei ein „Vorvertrag", durch den sich zwei Parteien verpflichten, künftig ein Arbeitsverhältnis zu begründen. Er sei von dem Arbeitsvertrage „wesensmäßig grundverschieden"[86]).

Nikisch geht davon aus, daß zwar auch nach dem AOG das Arbeitsverhältnis durch den Arbeitsvertrag „seine sichere rechtliche Ordnung"[87])

[79]) Arbeitsverhältnis S. 64; DAR. 1936 S. 9 zu V.
[80]) Arbeitsverhältnis S. 82, 87.
[81]) a. a. O. S. 85, 88; DR 1935 S. 485 unter IV.
[82]) Arbeitsverhältnis S. 87; ZAkadDR 1936 S. 94.
[83]) Höhn, Rechtsgemeinschaft S. 62; wohl auch Schmitt, Drei Arten S. 64 und — de lege ferenda — Weigelt, Arbeitsrecht u. Volkst. 1934 Sp. 9; über die Ansicht von Nikisch vgl. unten.
[84]) Er nimmt sogar an, ihn trenne von Siebert nur ein Streit um die „Wortbezeichnung" (Ztschr. d. Akad. f. D. R. 1935 S. 910). Doch dürfte der Streit darüber hinaus auch darum gehen, ob neben der „Ordnung Betriebsgemeinschaft" eine Sonderbeziehung zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Beschäftigten angenommen werden kann oder ob eine solche Sonderbeziehung neben der Betriebsgemeinschaft nicht möglich ist. (Vgl. Siebert, Ztschr. Akad. DR. 1936 S. 98).
[85]) JW. 1936 S. 482 [86]) a. a. O. S. 483. [87]) JW. 1935 S. 1290.

erhalte. Er hebt aber hervor, daß dieses Gesetz neben die vertraglichen Pflichten der Beteiligten Gemeinschaftspflichten stelle, die aus der Betriebsgemeinschaft fließen[88]). Ihr Eintritt hänge nicht vom Abschluß eines Arbeitsvertrages, sondern von der Betriebszugehörigkeit ab, die durch „Eingliederung" in den Betrieb begründet werde[89]).

10.

Die anderen sehen die Wirkung des AOG nur in einer inhaltlichen Umgestaltung des Arbeitsvertrages[90]). Sie streiten untereinander wieder über den Umfang dieser Umgestaltung.

Die einen halten grundsätzlich daran fest, daß das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis sei[91]), betonen freilich gleichzeitig, daß dieses Schuldverhältnis heute einen noch stärkeren persönenrechtlichen Einschlag zeige als bisher[92]). Das ergebe sich daraus, daß das Arbeitsverhältnis heute vor allem von sittlichen Normen beherrscht werde[93]). Die bisherige Kampfstellung der Vertragsteile sei durch den Gedanken gemeinschaftlicher Zusammenarbeit zur Erreichung eines gemeinsamen Zieles abgelöst[94]).

Andere vertreten demgegenüber die Meinung, daß das Arbeitsverhältnis, wie es nach dem AOG gestaltet sei, überhaupt nicht mehr als Schuldverhältnis angesprochen werden könne[95]). Zur Begründung wird darauf hingewiesen, daß das Schuldverhältnis typisch auf den Austausch von Vermögenswerten zugeschnitten sei[96]). Andererseits erschöpfe es sich

---

[88]) JW. 1935 S. 1290; AOG. S. 9, 11, 22 ff.

[89]) JW. 1935 S. 1290.

[90]) so Hueck-Nipperdey-Dietz § 2 Anm. 16; Mansfeld-Pohl § 1 Anm. 3a3 S. 90; Denecke DAR. 1934 S. 219; Potthoff, Arbeitsrecht S. 13 f., 53 f.; Weigelt ArbRVolkst. 1934 Sp. 8, SozPrax. 1935 Sp. 551; Werner VerwArch. 40 S. 327; RAG. ArbRSammlg. 23 S. 170.

Auch Siebert nahm anfangs nur eine Umgestaltung des Arbeitsvertrages an, ohne ihn völlig über Bord zu werfen (vergl. DR. 1934 S. 462, DAR. 1935 S. 95 ff.).

[91]) so besond. entschieden Anraths DAR. 1935 S. 130.

[92]) Dietz bei Hueck-Nipperdey-Dietz § 2 Anm. 16; so auch Mansfeld-Pohl § 1 Anm. 3a3 S. 90, freilich hat Mansfeld seine Ansicht inzwischen erheblich abgewandelt (vgl. S. 26).

[93]) Mansfeld-Pohl, a. a. O.

[94]) Dietz bei Hueck-Nipperdey-Dietz, a. a. O.; RAG. in JW. 1935 S. 1805, 2224 Nr. 32.

[95]) so Bodmann DAR. 1935 S. 73; Denecke DAR. 1934 S. 219 ff.; Nipperdey ZAkadDR. 1935 S. 911; Potthoff, Arbeitsrecht S. 13 ff., S. 53 ff.; Weigelt ArbRVolkst. 1934 Sp. 8, SozPrax. 1935 Sp. 552.

Hierher ist auch die frühere Ansicht von Siebert zu rechnen (vgl. Verwirkung S. 242, DR. 1934 S. 462, 538, DAR. 1935 S. 95 ff.). Über die neue Ansicht von Siebert vgl. oben S. 23.

[96]) Denecke, a. a. O. S. 221; Weigelt a. a. O. Sp. 8; Siebert, DAR. 1935 S. 96.

aber auch in einem solchen Austausch. Es sei durch den Interessengegensatz der Vertragsparteien gekennzeichnet[97]). Die Vertragsteile ständen sich aber doch rechtlich gleichberechtigt gegenüber[98]). Endlich träten beim Schuldverhältnis auch nur die Parteien dieses Schuldverhältnisses in Beziehungen zueinander. Wenn auch eine Person mit verschiedenen Vertragsgegnern inhaltlich dieselben Verträge abschließe, so seien sie doch untereinander völlig selbständig[99]). Alle diese Punkte träfen aber auf das Arbeitsverhältnis nach dem AOG nicht zu.

Wenn hier als Beweisgrund dafür, daß das Arbeitsverhältnis kein Schuldverhältnis sei, auf die rechtliche Ungleichheit der Stellung der Vertragsteile hingewiesen wird, dann ist dabei lediglich an ihre Stellung als Führer oder Gefolgschaftsmitglied gedacht, die ja eine Über- und Unterordnung mit sich bringt. Dagegen darf bei dieser Ungleichheit nicht etwa die Vorstellung einer persönlichen Herrschaft des Führers auftauchen, die mit dem Führer- und Gefolgschaftsverhältnis geradezu unvereinbar wäre[100]). Vor dem AOG konnte man sich freilich eine personenrechtliche Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vielfach nur in der Form einer fast sachenrechtlichen persönlichen Gewalt vorstellen. So glaubte man, die personenrechtliche Auffassung des Arbeitsverhältnisses schon deshalb abblehnen zu müssen, weil man die Beschäftigten vor derartigen Folgerungen bewahren wollte[101])[102]).

Die hier als Gegner der schuldrechtlichen Auffassung aufgeführten Schriftsteller fassen deshalb das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Verhältnis auf[103]).

11.

Gegen die von Siebert und Höhn vertretene Ansicht erheben sich zunächst praktische Bedenken. Die Möglichkeit, die Rechtsbeziehungen von Gliedern einer Gemeinschaft allein aus der konkreten Gemeinschaft zu entnehmen, setzt voraus, daß eine lebendige Gemeinschaft da ist, in der eine fest gefügte Überzeugung darüber vorhanden ist, was in ihr rechtens sein soll. Jedes Glied der Gemeinschaft muß so sehr darin stehen, daß es bei jeder Handlung erkennen kann, ob sie gemeinschafts-

---

[97]) Denecke, a. a. O.; Siebert, DR. 1934 S. 461.
[98]) Denecke, a. a. O.; Siebert, DR 1934 S. 461.
[99]) Denecke a. a. O. S. 222.
[100]) vgl. auch Siebert, Arbeitsverhältnis S. 84.
[101]) so Nipperdey, Recht und Staat im neuen Deutschland, Bd. II S. 112; Kaufen, ArbR. 1930 Sp. 678 u. ArbGer. 1930 S. 440; ähnlich auch Anraths, DAR. 1935 S. 130 ff.
[102]) gegen dieses Mißverständnis auch Siebert, Arbeitsverhältnis S. 27.
[103]) vgl. die Anm. 95 aufgeführten.

mäßig ist oder nicht. Es muß also ganz von dem Geiste der Gemeinschaft durchdrungen sein.

Es scheint einleuchtend, daß eine solche Gemeinschaft nicht schon in dem Augenblick fertig dastehen kann, wo das Gesetz sagt, Unternehmer und Beschäftigte bilden eine Gemeinschaft, sondern daß sie organisch wachsen muß. Wenn wir schon die Gemeinschaft mit einem lebendigen Wesen (Organismus) vergleichen, so müssen wir auch bedenken, daß ein lebendiges Wesen nicht von heute auf morgen aus dem Nichts erschaffen werden kann, sondern daß es langsam (organisch!) wachsen muß.

Jedenfalls dürfte eine solche lebendige Gemeinschaft heute in vielen Betrieben noch nicht vorhanden sein. Vielmehr wird es gerade erst der Erziehungsarbeit der vom AOG geschaffenen Einrichtungen bedürfen, ehe sie wirklich geschaffen wird[104]). Dann wäre es aber unzweckmäßig, die Ordnung des Arbeitsverhältnisses schon jetzt allein auf diese erst als Aufgabe hingestellte Betriebsgemeinschaft zu gründen[105]).

Im übrigen bedeuten diese Ansichten tatsächlich eine „Entthronung" des Arbeitsvertrages. Wenn das AOG eine so wesentliche Änderung gegenüber dem bisherigen Rechtszustande hätte treffen und damit zu dem Streit um das Beschäftigungsverhältnis hätte Stellung nehmen wollen, so hätte es das bestimmt deutlich zum Ausdruck gebracht[106]).

Aus dem Gesetz ergibt sich im Gegenteil, daß es Arbeitsverträge als Grundlage des Arbeitsverhältnisses voraussetzt[107]). Auch wenn es unter den möglichen Inhalten einer Betriebsordnung Bestimmungen über die Höhe des Entgelts und andere Arbeitsbedingungen vorsieht oder wenn es die Bedingungen der Betriebs- und Tarifordnung für Mindestbedingungen erklärt, muß es davon ausgehen, daß diese Bestimmungen auch auf andere Weise getroffen werden könnten; das kann dann aber nur durch Arbeitsverträge geschehen[108]).

Wenn auch Siebert leugnet, daß im Rahmen der vom AOG geordneten Beziehungen zwischen Unternehmer und Beschäftigten noch Raum für den Arbeitsvertrag sei, so ergibt doch seine eigene Darstellung, daß zwischen den am Arbeitsverhältnis beteiligten Personen ein Inbegriff von Rechtsbeziehungen besteht, der alle die Merkmale aufweist, die bisher üblicherweise als Merkmale des Arbeitsvertrages angesehen wurden.

Zunächst wird das Rechtsverhältnis, an das Siebert die Wirkungen knüpfen will, die bisher dem Arbeitsvertrage zugeschrieben wurden,

---

104) vgl. v. d. Goltz, SozPrax. 1934 Sp. 98.
105) Mansfeld-Pohl § 1 Anm. 3a3 S. 89 ff.
106) Hueck-Nipperdey-Dietz, § 1 Anm. 17.
107) vgl. z. B. § 28 Abs. 3; § 32 Abs. 1, § 60 Satz 1; Hueck-Nipperdey-Dietz, a. a. O.; Mansfeld-Pohl a. a. O. 108) Richter, SozPrax. 1934 Sp. 253 ff.

durch „Einigung" begründet. Durch diese Einigung können die Beteiligten ferner „zusätzliche Vereinbarungen" treffen. Damit wird die Möglichkeit und Zulässigkeit einer Sonderbeziehung zwischen Unternehmer und Beschäftigtem eingeräumt[109]).

Es trifft auch nicht zu, daß diese „zusätzlichen Vereinbarungen" — wie es nach der Darstellung von Siebert scheinen könnte — innerhalb des Arbeitsverhältnisses nur eine untergeordnete Rolle spielen. Sondern die Wirkungen des Arbeitsverhältnisses im Kleinbetriebe, in dem es weder eine Betriebs- noch eine Tarifordnung gibt, werden sogar regelmäßig auf diesen Vereinbarungen beruhen[110]), und in den Betrieben, wo Betriebs- oder Tarifordnungen bestehen, sollen die darin gegebenen Rechtswirkungen nach dem Willen des Gesetzes[111]) nur Mindestbedingungen sein und durch Einzelvereinbarungen ergänzt werden. Es dürfte deshalb kaum der Bedeutung dieser Vereinbarungen entsprechen, wenn sie nur als „zusätzliche" bezeichnet werden[112]).

Die Auffassung, diese zusätzlichen Vereinbarungen gehörten „unmittelbar zum Beitritt"[113]) und bildeten mit ihm eine Einheit, dürfte kaum folgerichtig durchgeführt werden können. Das zeigt sich schon in dem von Siebert selbst behandelten Fall der Einigung über die künftige Begründung eines Arbeitsverhältnisses (der Beschäftigte verpflichtet sich am 1. September, am 1. Oktober eine Arbeit anzutreten[114]). In diesen Fällen soll die zusätzliche Vereinbarung zwar noch nicht die Betriebsgemeinschaft begründen, aber eine wesensgleiche Vorstufe[115]) zur Begründung eines solchen Gemeinschaftsverhältnisses darstellen. Die „vorbereitende Vereinbarung" soll sich in dem fertigen Gemeinschaftsverhältnis vollenden, ohne daß dazu noch eine weitere „Einigung" bei der wirklichen „Eingliederung" erforderlich ist[116]). Dann wäre aber in diesen Fällen[117]) eine Eingliederung in den Betrieb möglich, ohne eine darauf gerichtete Einigung; denn es „ist klar, daß die bloße (vorbereitende, zusätzliche) Vereinbarung noch nicht ein Betriebsgemeinschaftsverhältnis begründen kann"[118]). Ferner gäbe es in den Fällen, in denen die Vereinbarung

---

[109]) Früher hat Siebert sogar betont, daß man „das Einzelarbeitsverhältnis zwischen Unternehmer und Beschäftigtem mit dem Betriebsgemeinschaftsverhältnis zwischen dem Führer des Betriebes und den Angehörigen der Gefolgschaft ... nicht völlig gleichsetzen" könne (DAR. 1935 S. 100 unter VII).

[110]) Mansfeld, Ztschr. f. Akad. DR. 1935 S. 909.

[111]) wie Mansfeld, DAR. 1936 S. 28 hervorhebt.

[112]) Mansfeld, Ztschr. Akad. DR. 1935 S. 910; DAR. 1936, 27, der sie im Gegenteil geradezu als „entscheidend" bezeichnet. Freilich wieder abgeschwächt JW. 1936 S. 484.

[113]) Siebert Arbeitsverh. S. 88 unter c. [114]) Arbeitsverhältnis S. 87.

[115]) über die abweichende Ansicht Mansfelds, vgl. zu Anm. 86.

[116]) Ztschr. Akad. DR. 1936 S. 94/95.

[117]) also in der Regel wie Siebert, Ztschr. Akad. DR 1936 S. 94 zugibt.

[118]) Ztschr. d. Akad. DR. 1936 S. 95.

aus irgend einem Grunde nicht zu einem Beschäftigungsverhältnis führt[119]), eine „zusätzliche Vereinbarung", die „unmittelbar zum Beitritt" gehört, die aber im Ergebnis garnicht zu dem Gemeinschaftsverhältnis führt, mit dem sie eine Einheit bilden soll.

Bedenken gegen die Einheit der „zusätzlichen Vereinbarung" mit der „Ordnung Betriebsgemeinschaft" ergeben sich ferner da, wo ein Beschäftigter entweder in gar keinen Betrieb eingegliedert ist (z. B. der Bezirksvertreter einer Versicherungsgesellschaft, der Ingenieur, der ein Ingenieurbüro einer Maschinenfabrik führt[120]) oder wenn der Beschäftigte im Betriebe eines fremden Unternehmers tätig und dort eingegliedert ist (z. B. die Mitglieder einer Kapelle, die auf Grund einer Vereinbarung des Kapellmeisters mit einem Kaffeehausbesitzer in dessen Betrieb spielen)[121]).

Danach ergibt sich: In jedem Arbeitsverhältnis wird durch Einigung eine Einzelbeziehung zwischen jedem Beschäftigten und dem Unternehmer begründet. Durch diese Einzelbeziehung werden in vielen Fällen die Wirkungen des Arbeitsverhältnisses mitbestimmt und gestaltet. Diese Einzelbeziehung fällt — was den Begründungsakt und die beteiligten Personen anlangt — durchaus nicht immer mit der „Ordnung Betriebsgemeinschaft" zusammen. Eine Beziehung dieser Art, die auf die Leistung abhängiger Arbeit gerichtet ist, wurde bisher als Arbeitsvertrag bezeichnet. Es besteht kein ausreichender Anlaß, diese Bezeichnung nicht auch weiterhin beizubehalten. Das erscheint um so unbedenklicher, als ja aus der Anerkennung dieser Beziehung als Arbeitsvertrag noch nicht folgt, daß dieser Vertrag ein schuldrechtlicher Vertrag ist[122]). Mit der Beibehaltung des Arbeitsvertrages ist also noch nichts über die Voraussetzungen und Wirkungen dieses Vertrages ausgesagt. Die Einzelbeziehung zwischen Beschäftigtem und Unternehmer soll deshalb auch nach dem AOG als Arbeitsvertrag angesehen werden[123]).

Freilich ist dieser Vertrag durch das AOG inhaltlich umgestaltet worden[124]). Dabei handelt es sich[125]) nicht nur um eine neue Auslegung

---

[119]) Beispiele bei Siebert, Ztschr. d. Akad. DR. 1936 S. 95 unter III.

[120]) Denecke, DAR. 1936 S. 46/47, sofern man mit Denecke annehmen will, daß hier keine Eingliederung in einen Betrieb vorliege, was Siebert bestreiten dürfte.

[121]) Denecke, a. a. O., sofern man ihm darin folgt, daß die Musiker in den Betrieb des Kaffeehauses eingegliedert werden, was zweifelhaft sein kann.

[122]) Mansfeld, Ztschr. d. Akad. DR. 1935 S. 910; Nipperdey, Ztschr. d. Akad. DR. 1935 S. 911.

[123]) Auch der Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Arbeitsrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht hält grundsätzlich am Arbeitsvertrage fest (Dersch, Ztschr. d. Akad. DR. 1935 S. 368 ff.).

[124]) vgl. oben S. 21.

[125]) wie bereits die Ausführungen S. 21 ff. ergeben, vgl. auch unten S. 31.

des Arbeitsvertrages des bürgerlichen Rechts, sondern um eine wirkliche inhaltliche Umgestaltung[126]).

Es ist freilich zuzugeben, daß dieser umgestaltete Arbeitsvertrag nicht mehr als Schuldverhältnis aufgefaßt werden kann[127]). Ob man ihn deshalb als personenrechtliches Rechtsverhältnis ansehen soll, braucht aber hier nicht erörtert zu werden, weil mit dieser Feststellung für die hier zu erörternde Frage[128]) nicht viel gewonnen wäre. Denn bisher gibt es weder einen allgemein anerkannten Begriff des personenrechtlichen Rechtsverhältnisses noch besteht Übereinstimmung darüber, welche Rechtssätze auf ein solches Verhältnis anzuwenden sind[129]). Im übrigen hieße es auch in unzulässiger Weise begriffsjuristisch verfahren, wollte man etwa das Arbeitsverhältnis zunächst der Gruppe der personenrechtlichen Rechtsverhältnisse zuteilen, um dann aus dem Wesen dieser Rechtsverhältnisse irgendwelche Folgerungen für seine Behandlung zu ziehen.

12.

Sollen die Grundgedanken, die das AOG für das Arbeitsverfassungsrecht gibt, auf den Arbeitsvertrag angewendet werden, so muß zunächst festgestellt werden, worin das Wesen der Neugestaltung des Arbeitsverfassungsrechts besteht.

Das AOG gibt nun auch für das Arbeitsverfassungsrecht keine ins Einzelne gehende Regelung der Beziehungen der Betriebsangehörigen untereinander, sondern beschränkt sich darauf, die Grundsätze aufzustellen, nach denen sich die Beteiligten künftighin zu richten haben.

§ 1 AOG spricht als Grundsatz aus, daß Unternehmer und Beschäftigte als Führer und Gefolgschaft zusammenwirken und eine Betriebsgemeinschaft bilden. Die Beziehung zwischen Unternehmer und Beschäftigten, die das Gesetz Betriebsgemeinschaft nennt, ist also ein Führer- und Gefolgschaftsverhältnis (Führungsverhältnis). Die Begriffe Führer und Gefolgschaft bedingen auf der einen Seite höchste Verantwortung und auf der anderen Seite freiwilligen Gehorsam aus der Erkenntnis, daß

[126]) Die Einwendungen Sieberts, Arbeitsverhältnis S. 63, 64 treffen deshalb die hier vertretene Ansicht nicht.

[127]) zur Begründung vgl. die Ausführungen S. 25 f.

[128]) vgl. S. 11 und 14.

[129]) Gerade bei seinen neuen Untersuchungen über das Arbeitsverhältnis hat Siebert erstmalig den Begriff des personenrechtlichen Rechtsverhältnisses (Gliedschaftsverhältnisses) im Zusammenhang entwickelt (Arbeitsverhältnis S. 82). Über frühere Versuche einer Abgrenzung von schuldrechtlichen und personenrechtlichen Rechtsverhältnissen vgl. z. B. Gierke, DPR. I S. 261; III S. 594; Wurzeln S. 40 ff.; Potthoff, ArbeitsR. 1922 Sp. 276; Richter Arbeitsrecht als Rechtsbegriff S. 24 ff.

nur einer befehlen kann, wenn etwas geleistet werden soll[130]). Das Führungsverhältnis ist durch folgende Merkmale gekennzeichnet: Es ist ein Gemeinschaftsverhältnis, es ist ein Verhältnis der Über- und Unterordnung und es ist ein Treueverhältnis[131]).

Damit ist zugleich die Abgrenzung von ähnlichen Verhältnissen gegeben. Insbesondere ist das Führungsverhältnis kein Herrschaftsverhältnis, denn das Herrschaftsverhältnis ist kein Gemeinschaftsverhältnis[132]). Aus der Betriebsgemeinschaft als einem Führungsverhältnis fließen die einzelnen Rechte und Pflichten der Beteiligten: Führungsrecht und Fürsorgepflicht des Führers, Treupflicht der Gefolgschaft. Alle diese Rechte und Pflichten lassen sich aber auf einen Gedanken zurückführen, der das ganze Verhältnis beherrscht und durchdringt: auf den Gedanken der Treue[133]).

Wenn dann in § 2 AOG noch nähere Ausführungen über die Befugnisse und Pflichten von Führer und Gefolgschaft gemacht werden, so sind die dort ausgesprochenen Sätze nur Anwendungsfälle und Ausflüsse des Treuegedankens.

13.

Dieselben Grundsätze sollen nun auch das Arbeitsverhältnis beherrschen. Dabei ist zunächst auf die Unterschiede zwischen der Betriebsgemeinschaft und dem Arbeitsverhältnis hinzuweisen. Hier besteht ein formaler Unterschied insofern, als die Betriebsgemeinschaft dem Arbeitsverfassungsrecht, das Arbeitsverhältnis aber dem Arbeitsvertragsrecht angehört. Dieser Unterschied zeigt sich darin, daß das Verhältnis Betriebsgemeinschaft der Organisation des Zusammenwirkens Aller im Betriebe dienen soll, während beim Arbeitsverhältnis die privaten Zwecke der einzelnen Betriebsmitglieder im Vordergrunde stehen. Am augenfälligsten wird der Unterschied zwischen Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis, wenn man auf den Kreis der an diesen Beziehungen Beteiligten sieht. Bei der Betriebsgemeinschaft liegt eine Gemeinschaftsbeziehung zwischen allen Betriebsangehörigen vor, während das Arbeitsverhältnis eine Einzelbeziehung zwischen dem Unternehmer und jedem einzelnen seiner Beschäftigten, also ein rein zweiseitiges Verhältnis darstellt.

Keiner dieser Unterschiede ist aber derartig, daß er eine Übertragung der Grundsätze der Betriebsgemeinschaft auf das Arbeitsverhältnis

---

130) Ley vor dem Parteikongreß 1934, Durchbruch S. 174.
131) Kühn S. 14 f.
132) vgl. DR 1934 S. 327; Höhn, DR 1935 S. 298.
133) Mansfeld-Pohl § 1 Anm. 3 S. 85, § 2 Anm. 2 d S. 110 und 3 d S. 115; Hueck-Nipperdey-Dietz § 2 Anm. 16; Huber, JW. 1934 S. 1018; Siebert, DR. 1934 S. 537.

ausschlösse. Insbesondere macht es nichts aus, daß das Arbeitsverhältnis ein zweiseitiges Verhältnis darstellt, da auch sonst zweiseitige Gemeinschaftsverhältnisse nichts Ungewöhnliches sind (z. B. die Ehe).

Überträgt man aber die Grundsätze der Betriebsgemeinschaft auf das Arbeitsverhältnis, dann muß auch das Arbeitsverhältnis ein Führungsverhältnis sein, die Vertragsteile des Arbeitsverhältnisses müssen sich zueinander wie Führer und Gefolgsmann verhalten.

Die inhaltliche Wandlung, die in dieser neuen Auffassung zum Ausdruck kommt, ist deutlich. Ging man bisher vom Interessengegensatz „sozialer Gegenspieler" aus, so stellt die neue Auffassung die gemeinschaftliche Arbeit aller Betriebsangehörigen in den Vordergrund.

Damit Hand in Hand geht die Durchdringung der bisher ganz unpersönlich als Schuldverhältnis aufgefaßten Beziehung mit sittlichen Grundsätzen, unter ihnen vor allem mit dem Gedanken der Treue. Diese Grundsätze bilden nun nicht mehr nur eine Art Anhängsel eines ihnen seinem Wesen nach fremden Schuldverhältnisses, sondern sie sind geradezu der beherrschende Mittelpunkt des Verhältnisses geworden[134]).

14.

Mit diesen Grundsätzen knüpft das Gesetz bewußt[135]) an den deutschrechtlichen Treudienstvertrag an.

Der Treudienstvertrag des deutschen Rechts war ein personenrechtlicher Vertrag, durch den die Vertragsteile zu einander in das Verhältnis von Herr und Diener traten. Die einzelnen Rechte und Pflichten, die diesem Verhältnis entsprangen, waren nur Ausflüsse der personenrechtlichen Stellung. Sie wurden beherrscht von dem Gedanken der Treue, der das ganze Verhältnis umspannte und durchdrang. Der Herr hatte eine Befehls- und Zuchtgewalt über den Diener, war aber andererseits verpflichtet, dem Diener Schutz und Vertretung zu gewähren. Ausflüsse der personenrechtlichen Beziehung waren weiter die Pfichten des Dieners zu Gehorsam und zur Leistung von Diensten und die Pflicht des Herrn zur Gewährung einer Vergütung[136]).

An den Treudienstvertrag anknüpfend, hat man das Arbeitsverhältnis des neuen Rechts geradezu als Treudienstverhältnis bezeichnet[137]). Dieser Ausdruck, der die enge Verbundenheit des neuen Arbeitsverhältnisses

---

[134]) vgl. auch Dersch, DAR. 1935 S. 189; Richter, SozPrax. 1934 Sp. 255 und die Anm. 133 aufgeführten.

[135]) wie Mansfeld, einer der Väter des Gesetzes, hervorhebt, Mansfeld-Pohl § 1 Anm. 1 S. 74; vgl. auch Herbst, DAR. 1935 S. 187 a. E.

[136]) Gierke, DPR. III S. 593; Wurzeln S. 40 ff.; Herbst a. a. O. S. 183:

[137]) vgl. z. B. Potthoff, Arbeitsrecht S. 13 f.; Weigelt SozPrax. 1935 Sp. 552.

mit seinem deutsch-rechtlichen Ursprung verdeutlicht und zugleich treffend den Kernpunkt der Neuregelung, das Treuverhältnis, hervorhebt, soll auch hier im folgenden angewendet werden.

15.

Nun fließen aus dem Arbeitsverhältnis, das hier als Treudienstverhältnis gekennzeichnet worden ist, für jeden der Beteiligten Rechte und Pflichten, sich in bestimmter Weise zu verhalten. Jeder der Beteiligten hat das Recht, von dem andern ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu verlangen (Ansprüche). Die Natur des Rechtsverhältnisses als Treueverhältnis bringt es mit sich, daß sich die Rechtsbeziehungen, die daran anknüpfen, nicht in ein Bündel von vornherein erschöpfend aufzählbarer Einzelansprüche auflösen lassen. Sondern welche Rechte und Pflichten im einzelnen für beide Teile entstehen, kann nur aus der konkreten Gestaltung des gerade betrachteten Einzelfalles dieses Verhältnisses entnommen werden. Zwar werden naturgemäß in verschiedenen Arbeitsverhältnissen immer wieder eine Reihe von Grundtypen von Ansprüchen auftreten, wie Lohnanspruch, Anspruch auf Zeugnis, Gehorsamspflicht usw. Nur schöpft die Aufzählung solcher einzelnen Ansprüche den ganzen Inhalt des Rechtsverhältnisses nicht aus.

Ist der Gedanke der Treue der Mittelpunkt, der das ganze Rechtsverhältnis beherrscht, so muß er auch in den einzelnen Auswirkungen des Rechtsverhältnisses zum Ausdruck kommen. Jedenfalls kann aus dem Rechtsverhältnis keine Rechtsfolge hervorgehen, die zu dem Treuegedanken in Widerspruch stände. Jede einzelne Rechtsfolge muß dem entsprechen, was die gegenseitige Treupflicht erfordert. In einer solchen Rechtsfolge, die den Anforderungen der Treupflicht entspricht, gewinnt das Gestalt, was dem Gesetz vorschwebt, wenn es den Gedanken der Treue als Richtpunkt für das Verhalten der Beteiligten herausstellt. In diesen Rechtsfolgen findet der allgemeine Gedanke der Treue, der das ganze Verhältnis durchdringt, seinen Niederschlag. In ihnen wird der abstrakte Gedanke der Treue von Fall zu Fall verwirklicht (konkretisiert). Die einzelnen Rechtsfolgen sind gleichsam die Gestalt, in der der Treuegedanke erscheint und Leben gewinnt. Man kann diese Rechtsfolgen deshalb geradezu als Verwirklichungen (Konkretisierungen) der Treupflicht auffassen[138]).

Nun ergibt sich freilich aus der Treupflicht nur ein Mindestmaß gegenseitiger Pflichten. Was dahinter zurückbleibt, ist nicht mehr Verwirklichung der Treupflicht. Dagegen ist es möglich, daß die Beteiligten sich gegenseitig mehr gewähren als die Treupflicht als Mindestgrenze er-

[138]) ähnlich auch Dietz bei Hueck-Nipperdey-Dietz § 2 Anm. 16.

forderte. Dem Arbeitsverhältnis entspringen dann Rechtsfolgen, die über das Maß dessen hinausgehen, was die Treupflicht verlangt. Da aber die Treupflicht nur ein Mindestmaß von Pflichten gibt, sind solche Rechtsfolge, die dieses Maß gerade einhalten. Dann müssen aber alle dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten als Verwirklichung der dieses Verhältnis durchdringenden allgemeinen Treupflicht angesehen werden können.

16.

Die Auffassung der einzelnen Ansprüche aus dem Arbeitsvertrage als Verwirklichung einer das ganze Verhältnis durchdringenden Treupflicht erscheint freilich auf den ersten Blick ungewöhnlich. Sie ist bisher auch nur aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses als Treudienstverhältnis hergeleitet worden. Es wäre nun möglich, daß diese Auffassung vom Arbeitsverhältnis zwar den Gedankengängen entspricht, von denen das AOG ausgeht, daß aber diese Gedanken auf dem Boden des Arbeitsvertrages, wie ihn Gesetzgebung und Wissenschaft entwickelt haben, garnicht verwirklicht werden können, weil (wie man vielleicht annehmen könnte) der Arbeitsvertrag des geltenden Rechts — dessen Bestand ja das AOG nicht antasten soll — sich garnicht in dieser Form denken läßt. Es muß deshalb erörtert werden, ob die Ansprüche, die bisher kraft Gesetzes auf Grund eines Arbeitsverhältnisses gegeben waren, als Verwirklichungen der Treupflicht angesehen werden können.

Die neue Auffassung kann offenbar da keine Schwierigkeiten machen, wo schon nach bisheriger Auffassung Auswirkungen von Treupflichten angenommen wurden. So war die überwiegende Meinung auch nach dem BGB der Ansicht, daß der Beschäftigte dem Unternehmer zur Treue verpflichtet sei[139]). Aus dieser Treupflicht wurde insbesondere eine Pflicht zur Unterlassung aller Handlungen, die den Unternehmer schädigen konnten (Unterlassung übler Nachrede, Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen, Wettbewerbsverbot) hergeleitet, aber auch positive Handlungspflichten, z. B. die Pflicht zur Anzeige drohender aber abwendbarer Schäden[140]). Eine Bestätigung fand diese Auffassung darin, daß das Gesetz selbst in einzelnen Bestimmungen ein der Treupflicht entsprechendes Verhalten forderte, sei es dadurch, daß es ein bestimmtes Verhalten vorschrieb (z. B. Wettbewerbsverbot, §§ 74 ff. HGB), sei es dadurch, daß es Verletzungen der Treupflicht unter Strafe stellte (z. B. Verrat von Geschäftsgeheimnissen (§ 17 UnlWettbewG), Schmiergelderverbot (§ 12 UnlWettbewG).

---

[139]) Hueck-Nipperdey I S. 179 ff., Kaskel-Dersch S. 174 unter III.
[140]) Hueck-Nipperdey, a. a. O. und Kaskel-Dersch, a. a. O.

Wenn Kreller[141]) ausführt, ein Anspruch auf Treue und Gehorsam sei nicht denkbar, denn man könne vom Schuldner nicht eine bestimmte Gesinnung, sondern nur ein äußeres Verhalten verlangen, so dürfte das nur ein Streit um Worte sein; denn wenn die herrschende Meinung den Beschäftigten Treupflichten auferlegt, so meint sie damit nichts anderes als daß sie sich wie getreue Beschäftigte verhalten sollen.

Lotmar wendet sich gegen die Annahme einer „höchst vagen Treupflicht"[142]), wohl aber vor allem deshalb, weil der Umstand, ob sie gegeben sei oder nicht, als Unterscheidungsmerkmal für die Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag herangezogen werden sollte und weil er der Ansicht war, daß auch beim Werkvertrag ebensosehr oder ebensowenig wie beim Dienstvertrag von Treupflichten gesprochen werden dürfe[143]).

Es mag sein, daß nicht jedem aus einem Dienstvertrage Verpflichteten diese Treupflicht in gleichem Maße obliegt[144]), das schließt aber nicht aus, daß diese Pflicht doch wenigstens der Gruppe von Dienstverträgen eigentümlich ist, die als Arbeitsverträge die Leistung abhängiger Arbeit zum Gegenstande haben. Diese Möglichkeit bestreitet auch Lotmar nicht.

Solange man freilich den Arbeitsvertrag seinem Wesen nach als vermögensrechtlichen Austauschvertrag betrachtet, fallen derartige Treupflichten immer aus dem Rahmen der sonst in solchen Verträgen üblichen Pflichten heraus. Ihre Eingliederung in den schuldrechtlichen Vertrag macht Schwierigkeiten. Erst die hier vertretene Auffassung beseitigt diesen Abstand der Treupflicht von den sonstigen arbeitsvertraglichen Pflichten.

Der Treupflicht des Beschäftigten entspricht auf Seiten des Unternehmers die Fürsorgepflicht. Sie ist in jedem auf Über- und Unterordnung beruhenden Gemeinschaftsverhältnis die vornehmste Pflicht des Führers[145]). Ihr Ursprung aus der gegenseitigen Treuverbundenheit ist unverkennbar. Der Unternehmer beweist seine Treue dadurch, daß er für den Beschäftigten sorgt.

Entsprechendes wie für die Treue- und Fürsorgepflicht ausgeführt, gilt für die anderen Rechte und Pflichten, die den „personenrechtlichen Einschlag" im Arbeitsverhältnis ausmachen. Hierher gehören die Leitungsbefugnis des Unternehmers und die Gehorsamspflicht der Beschäftigten. Wenn das Arbeitsverhältnis ein auf Über- und Unterordnung

---

141) ArchZivPr. 123 S. 275 ff.
142) Lotmar II S. 859.
143) Lotmar II S. 855 ff. zu 8 insbes. S. 859 unter c.
144) vgl. Denecke DAR, 1934 S. 224.
145) vgl. Ziff. 6 der Preußischen Felddienstordnung von 1908 (wiedergegeben bei Mansfeld-Pohl § 2 Anm. 2 d S. 109).

beruhendes Treueverhältnis ist, so ergibt sich aus diesem Wesen zwanglos das Recht des Unternehmers zur Leitung und dementsprechend die Pflicht der Beschäftigten, seinen Anordnungen zu gehorchen. Der getreue Beschäftigte bewährt seine Treue gerade mit dadurch, daß er sich der Leitung des Unternehmers unterstellt und seinen Weisungen folgt.

Der Gehorsam ist die Form, in der sich die Treupflicht des Beschäftigten ausdrückt. Er ist das Gegenstück zur Fürsorgepflicht des Herrn. Wie die Treue des Herrn Fürsorge ist, heißt die Treue des Mannes Gehorsam.

Dagegen scheint es weit weniger in der Natur der Sache zu liegen, auch die übrigen Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag, insbesondere den Anspruch des Unternehmers auf Arbeitsleistung und die Ansprüche des Beschäftigten auf Entgelt und Zeugnis als Ausflüsse einer das Arbeitsverhältnis durchdringenden Treupflicht aufzufassen.

Der Anspruch auf Arbeitsleistung steht noch in sehr enger Beziehung zu dem Anspruch auf Gehorsam. Wenn der Beschäftigte sich in ein Arbeitsverhältnis begibt, dann ist der Zweck dieses Verhältnisses immer auf die Leistung von Arbeit gerichtet; denn sonst läge kein Arbeitsverhältnis vor. Gehört es nun zu den Pflichten des getreuen Beschäftigten, dem Unternehmer gehorsam zu sein, so muß die Verpflichtung zum Gehorsam auch gegeben sein in bezug auf die vertragsgemäß zu leistende Arbeit. Die Verpflichtung, Arbeit zu leisten, ist also nur ein Sonderfall der allgemeinen Gehorsamspflicht. Da die Gehorsamspflicht aber als Verwirklichung der Treupflicht anzusehen ist, ist auch die Arbeitspflicht nur Ausfluß des Treuegedankens.

Der Anspruch des Beschäftigten auf Entgelt ist wohl d e r Anspruch, bei dem der Versuch, ihn als Ausfluß der Treupflicht aufzufassen, zunächst besonders ungewöhnlich erscheint. Der Entgeltanspruch scheint geradezu das Musterbeispiel eines nur vermögensrechtlichen Anspruchs zu sein und mit dem Treueverhältnis gar nichts zu tun zu haben[146]).

Nun ist aber die Tatsache, daß aus einem personenrechtlichen Verhältnis vermögensrechtliche Ansprüche entstehen, nichts Ungewöhnliches, wie z. B. der familienrechtliche Unterhaltsanspruch zeigt. Es ist also sehr wohl möglich, daß aus einem nichtvermögensrechtlichen Verhältnis doch vermögensrechtliche Ansprüche entstehen. Es ist auch nicht einzusehen, warum ein vermögensrechtlicher Anspruch nicht soll Ausdruck einer Treuebeziehung sein können. Das würde doch nur besagen, daß eine zwischen mehreren Beteiligten bestehende Treupflicht verlangt, daß der eine

---

[146]) So wollte Siebert früher den Lohnanspruch aus dem Treuverhältnis herausnehmen und einem vermögensrechtlichen „Teil" des Arbeitsverhältnisses zurechnen (DR. 1934 S. 462 unter III und S. 539 unter III a. E. und IV insbes. 2. Abschn. a. E.).

dem andern ein Entgelt leistet. Wenn der Beschäftigte zu dem Unternehmer in ein Treueverhältnis tritt, ihm seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt und sich seiner Leitungsbefugnis unterwirft, so kann das auf die Pflichten, die dem Unternehmer aus dem Treuverhältnis obliegen, nicht ohne Einfluß sein. Auf seiten des Unternehmers äußert sich die Treuverbundenheit mit dem Beschäftigten nicht nur darin, daß er angemessene Arbeitsverhältnisse schafft und den Arbeitsplatz menschenwürdig ausgestaltet, sondern genau so gut gehört es zur Fürsorgepflicht des Unternehmers, daß er dem Beschäftigten den Lebensunterhalt ermöglicht. Soweit das in der Form geschieht, daß der Beschäftigte freie Wohnung und Kost bekommt, erscheint die Auffassung dieser Leistungen als Ausfluß der Treupflicht garnicht weiter befremdlich. Kann man aber derartige Naturalleistungen als Ausfluß der Treupflicht ansehen, dann muß dasselbe für Geldleistungen gelten, die ja in ähnlicher Weise nur dazu dienen, dem Beschäftigten den Lebensunterhalt und die Führung seines Hausstandes zu gewährleisten. Der Anspruch des Beschäftigten auf Entgelt ist so nur eine besondere Form der Fürsorgepflicht des Unternehmers. Da die Fürsorgepflicht aber, wie bereits ausgeführt worden ist, nur Ausfluß der Treue ist, ist damit zugleich dargetan, daß auch die Pflicht zur Entgeltzahlung als Auswirkung der das Arbeitsverhältnis durchdringenden Treupflicht angesehen werden kann[147]).

Im übrigen gibt es auf dem Gebiete der personenrechtlichen Beziehungen auch andere Fälle, in denen als Ausfluß einer das Rechtsverhältnis durchdringenden Treupflicht ein vermögensrechtlicher Anspruch erscheint.

Es liegt nahe, hier zunächst an den deutsch-rechtlichen Treudienstvertrag zu erinnern. Die aus dem Treudienstvertrag erwachsenden Ansprüche waren Auswirkungen der das ganze Rechtsverhältnis kennzeichnenden beiderseitigen Treubindung. Zu diesen Ansprüchen gehörte aber auch ein Anspruch des Mannes gegen den Herrn auf Gewährung des Lebensunterhaltes, also ein Anspruch auf geldwerte Leistungen[148]).

Ein anderes Beispiel bietet das Beamtenrecht. Hier ist ein Rechtsverhältnis, bei dem auch schon vor der nationalsozialistischen Revolution anerkannt war, daß sein Wesen in einer gegenseitigen Treubindung bestehe. Zugleich wurde aber von der überwiegenden Meinung ange-

---

[147]) im Ergebnis ebenso Siebert, Arbeitsverhältnis S. 101 f.; zustimmend Mansfeld ZAkadDR 1935 S. 908; JW 1936 S. 481. Freilich sieht Siebert die Pflicht zur Lohnzahlung — wie die übrigen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis — nicht als Vertragspflichten sondern als Wirkungen der „Ordnung Betriebsgemeinschaft" an.

[148]) Gierke, Wurzeln S. 41.

nommen, daß das Diensteinkommen „die Natur der Alimente" habe und als standesgemäße Unterhaltsrente anzusehen sei[149]).

Von den typischen Ansprüchen aus dem Arbeitsvertrage bleibt nun noch der Anspruch des Beschäftigten auf Erteilung eines Zeugnisses. Auch dieser Anspruch kann als Ausprägung der allgemeinen Fürsorgepflicht aufgefaßt werden. Das Zeugnis ist für das weitere Fortkommen des Beschäftigten von Bedeutung. Es handelt sich also um eine Fürsorgehandlung des Unternehmers. Freilich bezieht sich diese Fürsorge nicht auf die Zeit der Tätigkeit des Beschäftigten für den Unternehmer, der das Zeugnis erteilt, sondern auf eine spätere Zeit. Es ist aber anerkannt, daß die beiderseitige Treupflicht nicht mit der Beschäftigung endet, wie sich z. B. beim Konkurrenzverbot zeigt (vgl. §§ 74 ff HGB). Auch dürfte gerade aus dem Wesen des Treudienstverhältnisses folgen, daß die persönliche Verbundenheit der Vertragsteile mit der Beendigung der Tätigkeit des Beschäftigten nicht völlig und ohne jede Nachwirkung aufgehoben ist[150]). Vermag so die Treupflicht sogar in der Zeit nach Beendigung des Vertrages gewisse Rechte und Pflichten zu erzeugen, so muß sie erst recht zur Zeit des Vertrages Pflichten zur Entstehung bringen können, die erst für die Zukunft von Bedeutung sein werden. Auch eine Handlung des Unternehmers, die nur eine Fürsorge für den Beschäftigten für die Zeit nach Beendigung des Vertrages enthält, kann also Ausfluß seiner Fürsorgepflicht und damit des Treuegedankens sein.

Damit ist gezeigt, daß die jedem Arbeitsvertrage entspringenden Hauptansprüche sehr wohl als Verwirklichungen einer das Arbeitsverhältnis durchdringenden Treupflicht angesehen werden können.

Freilich ist die Berechtigung der neuen Auffassung nicht schon damit bewiesen, daß gezeigt wird, daß sie möglich ist. Sondern es muß weiter geprüft werden, ob sie praktischen Wert hat. Das wird sich darin zeigen, ob sie geeignet ist, auch in solchen Fällen zu angemessenen Ergebnissen zu führen, die nach der bisherigen Auffassung nur in unbefriedigender Weise gelöst werden konnten. Ob die neue Auffassung das leistet, wird in Teil 2 und 3 an Hand von Fällen der Nichtigkeit von Arbeitsverträgen untersucht werden.

---

[149]) Brand S. 46; a. A. z. B. Jellinek S. 379 ff. unter c). Auf die Verwandtschaft von Beamtenverhältnis und einem mehr personenrechtlich aufgefaßten Arbeitsverhältnis hat schon Potthoff hingewiesen. (Wesen S. 18). Vgl. auch Bodmann ArbRuVolkst. 1935 Sp. 73 und Siebert, Arbeitsverhältnis S. 79.

[150]) vgl. z. B. Mansfeld-Pohl, der annimmt, daß den Unternehmer die Verpflichtung treffe, einen entlassenen Beschäftigten bei etwaigen späteren Neueinstellungen bevorzugt wieder einzustellen (§ 2 Anm. 3 d S. 115 ff.) vgl. auch RAG. ArbSammlg 20 S. 158 (161).

Dritter Abschnitt: Folgerungen aus der neuen Auffassung des Arbeitsvertrages.

17.

Die Fälle der Nichtigkeit von Arbeitsverträgen betreffen das Verhältnis von Vereinbarungen der Beteiligten zu gesetzlichen Verboten. Die nächste Aufgabe wird deshalb sein, zu prüfen, wie sich überhaupt solche Vereinbarungen und die Verstöße gegen gesetzliche Verbote im Lichte der neuen Auffassung vom Arbeitsverhältnis darstellen.

Bei dieser Untersuchung wird die Frage der Anwendbarkeit der gesetzlichen Verbotsbestimmungen auf das Arbeitsverhältnis eine Rolle spielen.

Zuvor soll erörtert werden, welchen Einfluß die neue Auffassung vom Wesen des Arbeitsvertrages auf die Anwendbarkeit der positiven gesetzlichen Bestimmungen über diesen Vertrag hat.

Es ist bereits dargelegt worden, daß das AOG die Bestimmungen, die für das Arbeitsverhältnis gegeben sind, nicht abgeändert hat[151]). Freilich folgt aus der Feststellung, daß die Grundsätze des AOG auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind, daß die positiven Bestimmungen künftighin im Geiste des neuen Gesetzes auszulegen sind[152]); insbesondere wird sich das bei der Auslegung der Allgemeinbegriffe bemerkbar machen.

18.

Dagegen ist die Anwendbarkeit der Bestimmungen des allgemeinen Teils auf das Treudienstverhältnis zweifelhaft. Denn ob man nun auch das Arbeitsverhältnis als Schuldverhältnis mit personenrechtlichem Einschlag oder als personenrechtliches Schuldverhältnis oder als personenrechtliches Verhältnis auffassen mag, sicher ist doch, daß ein Verhältnis, das wir als ein vom Gedanken der Treue beherrschtes Gemeinschaftsverhältnis gekennzeichnet haben, recht erhebliche Unterschiede gegenüber einem gewöhnlichen Schuldverhältnis aufweist. Ebenso ist aber nicht zu leugnen, daß die Vorschriften des Allgemeinen Teils und des Schuldrechts typisch auf rein vermögensrechtliche Schuldverhältnisse zugeschnitten sind[153]). Das ist auch nicht verwunderlich, weil die rein vermögensrechtlichen Austauschgeschäfte im bürgerlichen Rechts-

---

[151]) vgl. S. 22 f.

[152]) Dersch DAR 1935 S. 189; RAG in JW 1935 S. 1805 und die Anm. 90 aufgeführten.

[153]) Siebert DAR 1935 S. 97 unter IV, DR 1934, 538 ff., 1935 S. 58, Arbeitsverhältnis S. 68 ff., 83.

verkehr naturgemäß im Vordergrund stehen. Diese besonders auf vermögensrechtliche Verhältnisse zugeschnittene Einstellung des Allgemeinen Teils zeigt sich z. B. darin, daß die letzte Entscheidung über die Gestaltung von Rechtsfolgen weitgehend den Parteien in die Hand gegeben ist (z. B. §§ 133, 139, 140 BGB), ferner in der Rückwirkung der Anfechtung (§ 142 BGB), sowie darin, daß es vielfach auf die Person des Handelnden nicht ankommt, sondern der Handelnde nur als derjenige erscheint, der für ein bestimmtes Vermögensstück zuständig ist (vgl. z. B. § 153 BGB und die Lehre von der Vertretung).

Freilich wird man die Frage der Anwendbarkeit nicht für alle Vorschriften des Allgemeinen Teils einheitlich beantworten können. Und auch ein künftiger (besonderer) „Allgemeiner Teil", der nur für die Rechtsverhältnisse gälte, die nicht vermögensrechtliche Austauschverhältnisse sind, würde sicher die Rechtsgedanken vieler Vorschriften des jetzigen Allgemeinen Teils übernehmen müssen[154]). Man kann diese Frage auch nicht vom Wesen des personenrechtlichen Verhältnisses her lösen, weil ja einheitliche Sätze für dieses Verhältnis fehlen, ja weil bisher noch gar nicht feststeht, welche Verhältnisse denn nun dieser Gruppe zuzurechnen sind. Man wird aber den Bedenken gegen die Anwendbarkeit des allgemeinen Teils insofern Raum geben müssen, als bei jeder einzelnen Vorschrift zu prüfen sein wird, ob die Ergebnisse, zu denen ihre Anwendung führen würde, noch mit dem Wesen des Treudienstverhältnisses vereinbar sind[155]).

19.

Es ist vorhin dargelegt worden, daß alle Rechtsfolgen des Arbeitsverhältnisses als Verwirklichungen der das Verhältnis durchdringenden Treupflicht aufzufassen sind[156]).

Nun können die Rechtsfolgen von zwei Faktoren bestimmt werden: entweder vom Gesetz oder durch Anordnung der Beteiligten[157]). Zu den Rechtsfolgen, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, sind dabei auch die zu rechnen, die in einer Betriebsordnung oder in einer Tarifordnung angeordnet sind. Denn auch Betriebs- und Tarifordnungen

---

[154]) so auch Siebert, Arbeitsverhältnis S. 69 f., vgl. auch a. a. O. S. 81 zu Anm. 3.

[155]) so früher Siebert a. a. O. und DAR 1935 S. 98 unter VI. Er hält aber jetzt diese Vorschriften für grundsätzlich unanwendbar, weil Voraussetzungen und Wirkungen des Arbeitsverhältnisses allein aus dem Wesen des Gemeinschaftsverhältnisses herzuleiten seien (Arbeitsverhältnis S. 66, 69, 88 f).

[156]) vgl. S. 33 ff.

[157]) Darüber, daß auch diese Rechtsfolgen letzten Endes auf dem Gesetz beruhen, siehe unten S. 42.

enthalten objektive Rechtssätze und unterscheiden sich nur durch ihre Herkunft vom Gesetz[158]).

Sind nun auf der einen Seite alle Rechtsfolgen des Arbeitsverhältnisses als Verwirklichungen der Treupflicht anzusehen[159]), haben aber andererseits die einzelnen Vorschriften über den Arbeitsvertrag ihre volle Gültigkeit behalten[160]), so können die vom Gesetz im einzelnen angeordneten Rechtsfolgen auch nur als Verwirklichung der Treupflicht gedacht werden. Die gesetzlichen Bestimmungen müssen also als Erklärungen des Gesetzes darüber aufgefaßt werden, was es in einem solchen Falle als Verwirklichung der Treupflicht ansehen will. Nehmen wir z. B. die Vorschrift des § 618 Abs. 1 BGB, so ist aus ihr zu entnehmen, wie der Dienstberechtigte das Arbeitsverhältnis mindestens zu gestalten hat, wenn es als Verwirklichung der Treupflicht soll angesehen werden können.

Dabei ist wieder zu berücksichtigen, daß damit nur eine Mindestgrenze gegeben wird. Was hinter den vom Gesetz angeordneten Rechtsfolgen zurückbleibt, ist nicht mehr Verwirklichung der Treupflicht, wohl aber das, was über die gesetzlichen Anordnungen hinausgeht. Oder um es an einem Vergleich zu verdeutlichen: Stellt man sich die Grenze zwischen den möglichen Rechtsfolgen eines Tatbestandes, die Verwirklichung der Treupflicht sind, und denen, die es nicht mehr sind, als einen Kreis vor, dann liegen auf der Grenze, also auf dem Kreisumfange, nur die Punkte, die angeben was Mindestinhalt der Treupflicht ist. Aber alle Punkte der Kreisfläche sind erst recht Verwirklichungen der Treupflicht; nur alle Punkte außerhalb des Kreises stellen Rechtsfolgen dar, die der Treupflicht nicht mehr entsprechen.

20.

Es ist nun zu erörtern, wie die Rechtsfolgen des Arbeitsverhältnisses aufzufassen sind, die auf Vereinbarung der Beteiligten beruhen. Hier ist eine Vorbemerkung über das Wesen der vertraglichen Vereinbarung von Rechtsfolgen überhaupt erforderlich.

In den Fällen, wo Kundgebungen des Parteiwillens keine Rolle spielen, ist es deutlich, daß die Rechtsfolgen des menschlichen Verhaltens nur vom Gesetz angeordnet werden; wobei unter Gesetz jede Rechtsnorm, also auch eine gewohnheitsrechtliche Norm zu verstehen ist[161]).

---

[158]) für die Betriebsordnung: Mansfeld-Pohl Vorbem. 3a vor § 26 (S. 305); Nipperdey bei Hueck-Nipperdey-Dietz § 26; Anm. 36; Dersch DAR 1934 S. 70 unter III; Huber JW 1934 S. 1019; Siebert Verwirkung S. 241; für die Tarifordnung: Mansfeld-Pohl § 32 Anm. 8 S. 359; Nipperdey bei Hueck-Nipperdey-Dietz § 32 Anm. 118; Dersch DAR 1934 S. 67; Huber JW 1934 S. 1020; Richter JW 1934 S. 1015; Siebert a. a. O.

[159]) vgl. S. 33 f. [160]) vgl. S. 22 f. [161]) vgl. Art. 2 EGBGB.

Es könnte auf den ersten Blick scheinen, als sei es auf dem Gebiete der Parteivereinbarung anders, als könnten die Parteien hier von sich aus ohne Zuhilfenahme des Gesetzes bestimmen, daß und welche Rechtsfolgen gelten sollen. Tatsächlich ist das aber nicht der Fall.

Der Rechtssatz verknüpft Tatbestand und Rechtsfolge, indem er ausspricht, daß immer, wenn ein Inbegriff von Tatsachen gegeben sein werde, zugleich eine bestimmte Rechtsfolge gelten solle[162]).

An welche Tatsachen Rechtsfolgen anknüpfen sollen, kann das Gesetz beliebig festsetzen[163]). So kann es auch bestimmen, daß zum Tatbestande das Wollen einer Rechtsfolge gehören solle und es kann als Rechtsfolge aussprechen, daß dann die gewollte Rechtsfolge eintreten solle. Auch in diesem Falle beruht also die Rechtsfolge auf dem Gesetz; denn die Bestimmung der Beteiligten schöpft ihre Kraft nur aus der gesetzlichen Anordnung, daß das, was die Beteiligten wollen werden, rechtens sein solle[164]). Die Rechtsfolge gilt also nicht deshalb, weil die Beteiligten sie angeordnet haben, sondern weil das Gesetz angeordnet hat, daß diese Anordnung zum Tatbestand der Rechtsfolge gehören solle[165]).

Insofern leitet auch nach bisheriger Auffassung „der Parteiwille die Möglichkeit der eigenen Gestaltung aus der Vollmacht des Rechtes ab"[166]), wenn es auch richtig ist, daß das Gesetz sich damit weitgehend zum Vollstrecker des Parteiwillens macht[167]). Logisch hängt die Rechtsfolge ebensosehr vom Gesetz ab, wie vom Willen der Beteiligten, doch kann man insofern sagen, die Beteiligten bestimmten die Rechtsfolge, als sie ja ohne deren Anordnung nicht eintreten würde[168]).

Wenn hier von „Wollen einer Rechtsfolge" gesprochen wird, so soll damit *nicht* die Ansicht vertreten werden, als müßte sich der Erklärende tatsächlich eine Vorstellung von den Rechtsfolgen seiner Erklärung machen[169]). Diese Auffassung dürfte den Anschauungen nicht-rechtskundiger Personen ebenso wenig gerecht werden, wie die, die bloß das Wollen eines wirtschaftlichen Erfolges genügen läßt[170]). Vielmehr soll mit

---

[162]) Zitelmann, Irrtum S. 225; von Tuhr II, 1 S. 4; Enneccerus-Nipperdey S. 409 ff.

[163]) von Tuhr II[1], S. 5 Anm. 10 auf S. 6. Die Frage, ob es sittenwidrige Gesetze gibt, ist hier nicht zu erörtern.

[164]) Enneccerus, Rechtsgeschäft I S. 152 ff., 154 ff., 156 ff.

[165]) Breit S. 137.

[166]) Lange, Schuldrecht S. 47, was Lange anscheinend leugnen will; das Gesetz bleibt also formal doch Herrscher über den Parteiwillen (a. M. Lange a. a. O. S. 14).

[167]) Lange a. a. O. S. 14 ff.

[168]) Enneccerus, Rechtsgeschäft I S. 152 ff., S. 154 ff., S. 156 ff.

[169]) was wohl auch Zitelmann S. 237, 245, 276 ff. nicht ernstlich verlangen dürfte.

[170] Lenel Iher J. 19 S. 162 ff., 198 ff., 249 ff.; Danz Auslegung S. 7.

der überwiegenden Meinung angenommen werden, daß zwar eine Rechtswirkung, also ein Erfolg in der Rechtswelt gewollt sein muß, daß diese Wirkung aber nur nach ihrer wirtschaftlichen Seite hin bestimmt zu werden braucht[171]). Das „Wollen einer Rechtsfolge" soll also nur als abgekürzte Ausdrucksweise für „Wollen eines wirtschaftlichen Erfolges als Rechtserfolg" stehen.

In den Fällen, wo das Wollen einer Rechtsfolge zum Tatbestand gehört, kann seine Bedeutung für die Rechtsfolge verschieden sein. Einmal kann sich der Parteiwille darauf beschränken, einen vom Gesetz abstrakt geregelten Tatbestand mit konkretem Inhalt zu erfüllen; der Wille der Beteiligten bildet dann lediglich den Geschäftsinhalt[172]). Hierher gehören alle Fälle zwingend geregelter Rechtsgeschäfte. Die Rechtsfolge wird hier von den Beteiligten nur insofern beeinflußt, als sie darüber bestimmen können, ob und in welchem konkreten Falle die im Rechtssatz abstrakt ausgesprochene Rechtsfolge eintreten soll.

Die Beteiligten können aber auch dazu übergehen, selbst anzuordnen, welche Rechtsfolgen sie an einen Tatbestand knüpfen wollen: sie können den Norminhalt bilden[173]). Freilich hat der Wille der Rechtsgenossen diese Kraft nur in *den* Fällen, wo zwei Beteiligte zu einem Rechtsgeschäft notwendig zusammenwirken, also bei den Verträgen, während bei den einseitigen Geschäften der mögliche Norminhalt vom Gesetz festgelegt ist[174]). Nur bei den Verträgen ist dem zusammenwirkenden Willen zweier oder mehrerer Beteiligter die Fähigkeit eingeräumt, Norminhalt zu bilden. Aber auch da, wo die Beteiligten Norminhalt bilden, ist der Form nach die Herrschaft des Gesetzes gewahrt; denn der Wille der Beteiligten entnimmt die Kraft zur Setzung von Rechtsfolgen den „ermächtigenden"[175]) Rechtssätzen des Gesetzes[176]).

Die Vereinbarung der Beteiligten stellt sich damit als ein Werkzeug dar, das den Rechtsgenossen gegeben ist, im Rahmen des Gesetzes selbständig Rechtsfolgen zu setzen. Wenn die Beteiligten Rechtsfolgen anordnen können, so zeigt sich darin, daß das Gesetz diese Rechtsfolgen billigt und als seinem Willen entsprechende Ausgestaltung eines von ihm nur allgemein geregelten Rechtsverhältnisses ansieht. Entnimmt aber

---

[171]) Enneccerus-Nipperdey S. 438; v. Tuhr II[1] S. 161, 168 ff., Breit S. 133; Eltzbacher S. 150; RG 68 S. 322 (324), 122 S. 138 (140).

[172]) Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte S. 237, 239 Anm. 2 auf S. 240.

[173]) Oertmann, a. a. O. S. 239 ff.; Enneccerus-Nipperdey S. 133; v. Tuhr II,1 S. 146; Bülow, ArchZivPr. 64 S. 87, Anm. 52, vor allem Zeile 10—2 v. u. auf S. 88.

[174]) Breit S. 97.

[175]) Ausdruck von Eisele, ArchZivPr. 69 S. 329.

[176]) Bülow, ArchZivPr. 64 S. 71 ff., 73 ff., 83 ff.; v. Tuhr II,1 S. 146; Enneccerus-Nipperdey S. 133.

der Wille der Beteiligten seine rechtsetzende Kraft nur einer Ermächtigung des Gesetzes, so können sich die auf diesem Willen beruhenden Rechtsfolgen nicht ihrem Wesen, sondern nur ihrem Inhalte nach von den auf dem Gesetz beruhenden unterscheiden.

Ist nun das Arbeitsverhältnis als Treudienstverhältnis aufzufassen und sind alle daraus entspringenden Ansprüche als Verwirklichung einer das ganze Rechtsverhältnis durchdringenden Treupflicht anzusehen, so kann auch die Ermächtigung des Gesetzes an die Beteiligten, selbst Rechtsfolgen zu setzen, nur als Ermächtigung aufgefaßt werden, selbst zu bestimmen, was im Einzelfall als Verwirklichung der Treupflicht gelten soll.

Es darf hier nochmals hervorgehoben werden, daß die Wendung „die Treupflicht verwirklichen" nichts weiter bedeutet, als „eine Rechtsfolge anordnen, die der Treupflicht gemäß ist". Diese Rechtsfolge braucht sich also nicht gerade auf der Grenze dessen zu bewegen, was als Mindestinhalt der Treupflicht anzusehen ist. Auch Rechtsfolgen, die über diese Mindestanforderungen hinausgehen, sind Verwirklichungen der Treupflicht; denn auch in ihnen — man könnte sagen: in ihnen gerade erst recht — gewinnt das Wirklichkeit, was die Treupflicht als Richtsatz fordert.

Zugleich liegt in der Ermächtigung an die Beteiligten, Rechtsfolgen zu setzen, die Erklärung des Gesetzes, daß es deren Vereinbarung — soweit sie sich im Rahmen des Gesetzes halten wird — als Verwirklichung der Treupflicht anerkennen und deshalb mit denselben Wirkungen wie die gesetzlichen Verwirklichungen der Treupflicht ausstatten will.

21.

Wenn das Gesetz den Beteiligten die Anordnung von Rechtsfolgen überläßt und seine Gewalt zur Durchsetzung des von den Beteiligten Angeordneten einsetzt, so kann diese Ermächtigung nicht schrankenlos sein. Es kann nicht zugelassen werden, daß der Einzelne Rechtsfolgen anordnet und daß die Rechtsordnung sie mit Zwangsgewalt ausstattet, die den Interessen der Allgemeinheit zuwider laufen[177]). Die Rechtsordnung muß deshalb dem Willen der Beteiligten Schranken setzen, um mißbräuchliche Willkür zu verhüten[178]).

---

[177]) Endemann, Lehrbuch S. 366 ff.; Enneccerus-Nipperdey S. 438; v. Tuhr II[1] S. 177 ff, 180; Staudinger-Riezler Einleitung zum III. Abschn. II 5[b] und § 134 Anm. 5.

[178]) Endemann S. 366 ff.; Staudinger-Riezler Einleitung zum III. Abschn. II 5a; Halbe S. 48 u. Schroeder S. 46.

Solche Schranken ergeben sich für das Treudienstverhältnis schon daraus, daß die angeordneten Rechtsfolgen sich im Rahmen der Treupflicht halten, also Konkretisierungen der Treupflicht sein müssen.

Das Gesetz hat aber auch ausdrücklich Schranken für den Parteiwillen gezogen. Solche Schranken enthalten z. B. die §§ 134, 138 BGB[179]), ferner aber auch die Bestimmungen, die Rechtsgeschäfte zwingend regeln und damit abweichenden Parteivereinbarungen die Wirkung versagen[180]). Wenn das Gesetz in diesen Fällen bestimmte Parteivereinbarungen verbietet, so bringt es damit zum Ausdruck, daß es die von den Parteien getroffene Regelung mißbilligt und nicht dulden will, daß die Beteiligten eine derartige Vereinbarung treffen[181]). Da nun der Wille der Rechtsgenossen seine rechtsetzende Kraft erst aus der gesetzlichen Ermächtigung herleitet, kann er insoweit nicht wirksam sein, als er die vom Gesetz gezogenen Schranken überschreitet[182]). Die Folge ist, daß, wenn eine Bestimmung der Beteiligten über die gesetzlich gezogenen Grenzen hinausgeht, die gewollten Rechtsfolgen nicht eintreten[183]).

22.

Es ist noch zu erörtern, ob die Vorschriften der §§ 134, 138 BGB für das Gebiet des Arbeitsvertrages dadurch ihre Bedeutung verloren haben, daß hier dem Parteiwillen insofern besondere Grenzen gezogen sind, als er sich im Rahmen der Treupflicht halten muß.

Die Bestimmungen der §§ 134, 138 BGB sind abgestellt auf Fälle, in denen grundsätzlich dem Parteiwillen die Befugnis eingeräumt ist, Rechtsfolgen frei zu bestimmen. Aber auch dort, wo man davon ausgeht, daß die Parteien in der Möglichkeit, Rechtsfolgen anzuordnen, möglichst wenig eingeschränkt werden sollen, sind diese Schranken erforderlich, um eine den übrigen Rechtsgenossen schädliche Ausgestaltung von Rechtsgeschäften zu verhindern.

Der Satz, daß die Parteien in der Anordnung von Rechtsfolgen grundsätzlich frei sein sollen, gilt nun für das Treudienstverhältnis nicht. Sondern der Parteiwille muß sich im Rahmen dessen halten, was die Treupflicht erfordert. Nun kann aber nicht zweifelhaft sein, daß eine Rechtsfolge, die gegen ein Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt, auch nicht der Treupflicht entsprechen kann. Andererseits folgt daraus, daß eine Rechtsfolge weder gegen das Gesetz noch gegen

---

[179]) Endemann S. 367; Staudinger-Riezler Einleitung zum III. Abschn. II 5 b; von Tuhr II 1 S. 180.

[180]) Halbe S. 48.

[181]) vgl. auch Schröder S. 49.

[182]) v. Tuhr II 1 S. 178, 180.

[183]) Enneccerus-Nipperdey S. 438; v. Tuhr II 1 S. 177 f.; Staudinger-Riezler Einleitung zum III. Abschn. II 5 b.

die guten Sitten verstößt, noch nicht, daß sie auch der Treupflicht genügt. Die Treupflicht stellt also an die Parteianordnungen strengere Anforderungen als die §§ 134, 138 BGB. Aber alle die Anordnungen, die schon durch diese Verbote aus dem Kreise der wirksamen Geschäfte ausgeschlossen sind, können erst recht nicht den Anforderungen der Treupflicht genügen. Scheiden diese Verbotsbestimmungen aber nur aus dem Kreise der Geschäfte, die den Anforderungen der Treupflicht nicht mehr entsprechen, eine Reihe von Geschäften aus, so sind die Schranken, die diese Bestimmungen ziehen, auch für das Arbeitsverhältnis als Treudienstverhältnis noch von Bedeutung. Zwar ist bei den Geschäften, die durch die weiter gezogenen Schranken der §§ 134, 138 BGB noch hindurchgelassen werden, noch nicht gesagt, daß sie nun auch den Anforderungen der Treupflicht entsprechen. Wohl aber steht bei den Geschäften, die schon durch diese Schranken nicht hindurchkommen, fest, daß sie den Anforderungen der Treupflicht erst recht nicht genügen können.

Im übrigen sind diese Bestimmungen auch nicht einseitig auf rein vermögensrechtliche Austauschverhältnisse zugeschnitten, sondern enthalten Grundsätze, die auf allen Rechtsgebieten Beachtung fordern.

23.

Eine andere Frage ist freilich, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn ein Treudienstverhältnis gegen diese Bestimmungen verstößt. Denn aus ihrer grundsätzlichen Anwendbarkeit darf noch nicht geschlossen werden, daß sich nun an ein „nichtiges" Treudienstverhältnis dieselben Rechtsfolgen knüpfen müßten, wie an nichtige, rein schuldrechtliche Verträge.

Das Gesetz geht in den §§ 134, 138 BGB davon aus, daß der Verstoß gegen eins dieser Verbote grundsätzlich die volle Nichtigkeit des Geschäftes zur Folge haben soll, d. h. es soll sich an das Rechtsgeschäft keine der Rechtsfolgen knüpfen, die die Beteiligten herbeiführen wollten, sondern es können lediglich gewisse andere, nicht auf dem Willen der Parteien beruhende Rechtsfolgen eintreten, (z. B. bei Nichtigkeit eines gegenseitigen Vertrages Rückgewähransprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung).

Die Berechtigung dafür, gerade im Falle des Treudienstverhältnisses besonders zu prüfen, inwieweit hier der Verstoß gegen das Verbot die Vollnichtigkeit nach sich ziehen soll, ergibt sich schon allein daraus, daß die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Allgemeinen Teils und des allgemeinen Schuldrechts auf das Treudienstverhältnis zweifelhaft ist[184]).

Die Annahme, daß der Verstoß eines Arbeitsvertrages gegen ein Verbot regelmäßig die Vollnichtigkeit des Vertrages nach sich ziehen sollte,

[184]) vgl. S. 39.

würde dem Sinn und Zweck der neuen Auffassung nicht gerecht werden. Die Verbotsbestimmungen sind hier als Schranken für den Willen der Beteiligten aufgefaßt worden. Sie sollen da eingreifen, wo die Parteien von sich aus nur ein Zerrbild eines Treudienstverhältnisses zustande brächten. Da sollen sie dazu beitragen, den Gedanken der Treuverbundenheit reiner und schlackenloser in die Wirklichkeit umzusetzen, als das den Beteiligten gelungen wäre.

Die erste und unmittelbarste Aufgabe der Verbote liegt freilich darin, zu verhindern, daß die Parteien Rechtsfolgen anordnen, die mit der Treupflicht in Widerspruch stehen. Nach der bisherigen Auffassung mußte sich ihre Aufgabe auf diese negative Wirkung beschränken, weil ja die von den Parteien gewollten Wirkungen durch das Verbot ausgeschlossen wurden, andere Wirkungen aber nicht gewollt und gesetzt waren. Da keine Rechtsfolge eintreten sollte, die nicht vom Parteiwillen gedeckt war, mußte man im Falle fehlerhafter Parteiwillensbildung auf eine positive Regelung verzichten und sich darauf beschränken, schädliche Auswirkungen der Parteibestimmungen zu hindern.

Nach der neuen Auffassung vom Wesen des Arbeitsvertrages ist eine solche Beschränkung der Auswirkungen der Verbotsgesetze weder wünschenswert noch geboten. Die neue Auffassung soll insbesondere eine Einwirkung auf die Beschäftigten und Unternehmer ermöglichen mit dem Ziele, bisher mangelhaft ausgestaltete Arbeitsverhältnisse mit einem den Anforderungen der Treupflicht besser entsprechenden Inhalt zu erfüllen. Diese Erziehungsaufgabe ist naturgemäß da besonders vordringlich, wo die Vereinbarungen der Beteiligten zeigen, daß sie noch nicht von dem Geiste durchdrungen sind, den das Gesetz von ihnen fordert. Das sind aber vor allem die Fälle, in denen Arbeitsverträge gegen die vom Gesetz gezogenen Schranken verstoßen. Gerade dort müßte aber auf den Versuch einer Einwirkung auf die von den Parteien vereinbarten Verträge verzichtet werden, wenn die Verbotsgesetze tatsächlich die Vollnichtigkeit der verstoßenden Verträge fordern würden. Das würde bedeuten, daß die Anforderungen, die nach den neuen Rechtsanschauungen an die Beteiligten gestellt werden müssen, gerade in den Fällen nicht durchgesetzt werden könnten, in denen ihre Durchsetzung besonders nötig wäre. In diesen Fällen würde der Parteiwille zwar nicht positiv durchdringen, doch aber wenigstens verhindern können, daß die der Treupflicht entsprechenden Rechtsfolgen eintreten.

Die Vollnichtigkeit ist in diesen Fällen auch nicht erforderlich. Wenn die Rechtsfolgen in erster Linie den Anforderungen der Treupflicht genügen sollen und der Parteiwille nur insoweit zu beachten ist, als er sich im Rahmen dieser Treupflicht hält, bestehen keine Bedenken mehr, an die Stelle der von den Parteien gewollten aber verbotenen Rechtsfolgen die zu setzen, die sich aus der Treupflicht als angemessen ergeben.

Es ist oben dargelegt worden, daß die von den Beteiligten gewollten Rechtsfolgen nicht eintreten, soweit sie über die von der Treupflicht gezogenen Grenzen hinausgehen[185]). Andererseits hat eine Überschreitung der Schranken der Treupflicht nicht notwendig die Vollnichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge. Der Verstoß gegen das Verbot hat also zunächst die Wirkung, daß im Vertrage eine Lücke entsteht, die ausgefüllt werden muß.

Dazu dient die Treupflicht; denn aus der Treupflicht ergeben sich die Rechtsfolgen in den Fällen, in denen die Parteien selbst keine Bestimmung getroffen haben[186]). Und soweit die Parteien selbst Rechtsfolgen anordnen können, müssen sie sich im Rahmen der Treupflicht halten[187]). Soweit die Parteien etwas bestimmen, was der Treupflicht nicht entspricht, hat die Parteibestimmung nicht die Kraft, die gewollten Rechtsfolgen herbeizuführen. Die Lage ist dieselbe, als wenn die Parteien die unwirksame Bestimmung nicht getroffen hätten. In diesem Falle würden die Rechtsfolgen zum Zuge kommen, die sich unmittelbar aus der Treupflicht ergeben[188]). Daraus folgt, daß für den Fall einer von den Parteien versuchten aber unwirksamen Anordnung ebenfalls die Rechtsfolgen gesucht werden müssen, die sich als Verwirklichung der Treupflicht ergäben, wenn die Parteien über den betreffenden Punkt keine Regelung getroffen hätten. Welche Rechtsfolgen das im einzelnen sind, ist zunächst den positiven Vorschriften des Gesetzes zu entnehmen; denn in ihnen gibt das Gesetz zu erkennen, was es selbst als Verwirklichung der Treupflicht ansehen will[189]).

Aber auch soweit das Gesetz keine ausdrücklichen Bestimmungen gibt, müssen die Rechtsfolgen Verwirklichung der Treupflicht sein. Es ist also festzustellen, was in einem gegebenen Arbeitsverhältnis der Treupflicht entspricht. Diese Aufgabe unterscheidet sich in nichts von der Aufgabe, die die Auslegung jedes anderen Rechtsverhältnisses bietet. Sie liegt deshalb im Streitfall genau so wie die Ermittlung der Rechtsfolgen anderer Rechtsverhältnisse dem Richter ob. Er muß feststellen, welche Rechtsfolgen im Einzelfalle als Verwirklichung der Treupflicht anzusehen sind. Diese Tätigkeit des Richters ist nicht dieselbe, die ihm z. B. in den Fällen der §§ 315, 319 BGB obliegt. In jenen Fällen ist eine wirksame Parteibestimmung nicht vorhanden und der Richter bestimmt, was Inhalt

185) vgl. oben S. 45.
186) vgl. oben S. 33.
187) vgl. oben S. 44.
188) Darüber, wie diese Rechtsfolgen zu ermitteln sind, sogleich unten.
189) vgl. S. 41; ferner auch Bodmann, ArbR. u. Volkst. 1935 Sp. 74 u. im Ergebnis schon RAG. ArbR Sammlg. 12 S. 77 (80) u. 395 (397), freilich mit nicht ganz einwandfreier Begründung; vgl. Hueck. Anm. a. a. O. S. 81.

des Schuldverhältnisses sein soll. Der vorliegende Fall liegt zwar insoweit genau so als auch hier eine wirksame Parteibestimmung fehlt, der Richter schafft aber nicht erst durch seinen Ausspruch die Rechtsfolge, sondern er ermittelt nur eine schon gegebene. Seine Tätigkeit ist also nicht gestaltend, sondern auslegend.

Die Bedenken, die gegen gestaltende Eingriffe des Richters in bestehende Rechtsverhältnisse in anderen als den im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen erhoben worden sind, berühren deshalb die hier vorgeschlagene Lösung nicht. Es ist aber zugegeben, daß diese richterliche Feststellung im Ergebnis einer Gestaltung sehr nahe kommt, weil die Beteiligten von sich aus kaum in der Lage sein werden festzustellen, was im einzelnen der Treupflicht gemäß ist[190]). Die Feststellung wirkt also praktisch ähnlich wie eine Gestaltung. Mit Rücksicht darauf sollen noch kurz die Bedenken erörtert werden, die im Schrifttum zur Frage des richterlichen Gestaltungsrechtes in anderen als in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen geäußert worden sind.

Zwar war ein richterliches Gestaltungsrecht schon vielfach als notwendig empfunden[191]), meist aber nur sehr vorsichtig und als Ausnahme zugelassen worden[192]). Allerdings waren solche Eingriffe in vertragliche Vereinbarungen unserer Rechtsordnung auch schon bisher bekannt (vgl. z. B. §§ 655, 343 BGB). Derartige Bestimmungen mußten aber in einem System, das von der Parteiwillensherrschaft ausging, naturgemäß als Fremdkörper wirken. Die Rücksicht auf den Parteiwillen — wie sie freilich von der damaligen Auffassung gefordert wurde — mußte ein schwer übersteigbares Hindernis für eine Umgestaltung von Rechtsverhältnissen in Richtung auf das den Erfordernissen beider Vertragsteile gerecht werdende bilden. Deshalb lehnte man ein richterliches Gestaltungsrecht, soweit es nicht ausdrücklich gesetzlich anerkannt war, ab[193]). Diese Stellungnahme führte dazu, selbst in den Fällen, in denen die Rechtsprechung versuchte, gegenüber dem Willen eigensüchtiger Parteien das Angemessene durchzusetzen, diese angemessenen Rechtsfolgen doch formell als Auslegung der Parteierklärungen hinzustellen[194]).

---

[190]) Jedenfalls solange nicht, als nicht in allen Beteiligten eine lebendige Vorstellung davon vorhanden ist, wie sich ein getreuer Unternehmer gegenüber einem getreuen Beschäftigten zu verhalten hat.

[191]) vgl. insbes. Oertmann, JW. 1917 S. 257; Nipperdey, Anm. zu RG. in JW. 1927 S. 119 Nr. 20; Lange, Schuldr. S. 52; auch Staudinger-Riezler, § 134 Anm. 11 A e.

[192]) so insbes. Oertmann, JW. 1917 S. 257; RG. 88 S. 250 (252 ff.).

[193]) Herzog S. 85 ff. u. insbes. 158; RG. 76 S. 78 (80), RG. in JW. 1910 S. 62 u. 1927 S. 119; s. auch RG. 68 S. 322 (326).

[194]) v. Tuhr II,1 S. 284; RG. 118 S. 218 (222); vgl. auch Lange, Schuldrecht S. 52.

Für diese Bedenken wäre aber kein Raum mehr bei einem gestaltenden Eingriff in ein Treudienstverhältnis. Denn es wäre nichts mehr dem Wesen dieses Verhältnisses Widersprechendes, wenn an die Stelle der von den Beteiligten gewollten unwirksamen Rechtsfolgen die von der Treupflicht geforderten angemessenen d. h. die richtigen gesetzt würden.

Bei dieser Feststellung hat der Richter zu ermitteln, wie verhält sich in einem Falle der gegebenen Art ein getreuer Unternehmer einem getreuen Beschäftigten gegenüber? An Hand dieser allgemeinen Formel muß er im Einzelfall das Arbeitsverhältnis mit konkretem Inhalt erfüllen.

Dabei hat er alle die Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen, die Unternehmer und Beschäftigte verständigerweise bei Ansprüchen dieser Art zu berücksichtigen haben. Hier können eine Rolle spielen: die wirtschaftliche Lage beider Beteiligten (z. B. auf seiten des Unternehmers: Auftragsbestand, Gewinn, Schulden; auf seiten des Beschäftigten: Alter, Vermögen, Zahl der zu versorgenden Familienangehörigen, bisherige Dauer der Beschäftigung, Betriebsverbundenheit (so wird es zu berücksichtigen sein, wenn ein Beschäftigter schon seit der Lehrzeit dem Betriebe angehört, ob er etwa schon unter einem früheren Betriebsinhaber dort gearbeitet hat, oder ob vielleicht der Vater schon im Betriebe tätig war).

Eine erschöpfende Aufzählung aller Umstände, die jemals in Frage kommen könnten, dürfte nicht möglich sein, sondern es kann immer nur an Hand des einzelnen Falles ermittelt werden, was nun erheblich ist. Ebenso wird die Bedeutung, die den einzelnen Umständen beizulegen ist, von Fall zu Fall verschieden sein.

Als Fingerzeig dafür, was den Umständen des einzelnen Falles nach angemessen ist, kann aber auch das herangezogen werden, was die Beteiligten selbst vereinbart haben und zwar auch dann, wenn das Gesetz diese Vereinbarung mißbilligt hat. Denn man muß davon ausgehen, daß die Beteiligten auch das Für und Wider der von ihnen vorgesehenen Rechtsfolgen abgewogen haben. Sie haben jedenfalls durch ihre Vereinbarung zu erkennen gegeben, welchen Umständen sie große, welchen geringe Bedeutung beimessen wollten. Wenn auch die Rechtsfolgen, die sie von dieser Rechtsauffassung aus setzen wollten, nicht eintreten können, so hindert das doch nicht, ihre Wünsche und Ansichten über das, was angemessen sei, bei der Ermittlung des objektiv Angemessenen mit zu verwerten.

Wenn hier als Grundsatz für die Ausfüllung von Lücken des Vertrages der Satz aufgestellt worden ist, es sei zu ermitteln, wie sich ein anständiger Unternehmer einem anständigen Beschäftigten gegen-

über verhält, so ist der Einwand zu erwarten, durch dieses Verfahren werde die Vorausseh barkeit der Rechtsfolgen und damit die Rechtssicherheit gefährdet.

Dieser Einwurf wiegt leicht in den Augen derer, die der Ansicht sind, die Forderung nach Vorausseh barkeit — die ja nichts anderes ist als Vorausberechenbarkeit — der Rechtsfolgen eines Verhaltens sei nicht allen Rechtsordnungen wesentlich, sondern nur besonderen Typen von Rechtsordnungen — und zwar den liberalistischen — eigentümlich. Diese Ansicht wird freilich von namhaften Schriftstellern vertreten[195]). Wenn sie sich gegen die Vorausberechenbarkeit einer Rechtsfolge wenden, so richtet sich dieser Angriff aber wohl weniger gegen den durchaus gerechtfertigten Wunsch der Beteiligten, die Rechtsfolgen eines Verhaltens voraussehen zu können, als gegen ein Verfahren, diese Rechtsfolgen zu ermitteln, ohne dabei auf die Angemessenheit und Billigkeit des Ergebnisses Rücksicht zu nehmen[196]). Dagegen dürften sie kaum behaupten wollen, daß eine Rechtsordnung, die die Form für das Zusammenleben und Zusammenwirtschaften eines großen Volkes mit einer hochentwickelten Wirtschaft abgeben muß, ohne den Grundsatz der Vorausseh barkeit der Folgen eines Verhaltens auskommen könnte[197]). Der Streit geht also garnicht so sehr um die Frage, ob eine Rechtsfolge vorausberechenbar sein soll, als darum, welche Umstände bei der Ermittlung einer Rechtsfolge zu berücksichtigen sind. Wenn es bisweilen scheint, als spiele hier die Frage der Vorausseh barkeit hinein, so dürfte das darauf zurückzuführen sein, daß die Ermittlung dessen, was z. B. gesundem Volksempfinden widerspricht oder was dem Verhalten eines getreuen Beschäftigten entspricht, solange mit Schwierigkeiten verbunden ist, als in den Beteiligten noch keine lebendigen Vorstellungen von den hier verwendeten Begriffen vorhanden sind[198]). Dieses Bedenken hat aber seine Bedeutung von dem Augenblick an verloren, wo der Nationalsozialismus „dem Volksleben und damit dem Rechtsleben klare Maße und einheitliche Wertungen" gegeben hat[199]) [200]).

[195]) insbes. Lange, Schuldrecht S. 37, 38; Schmitt, Drei Arten S. 19 ff., 31 ff., DR. 1934 S. 226, 227 ff.; Lange stellt geradezu die Berechenbarkeit und die Gerechtigkeit einer Rechtsfolge gegenüber (JW. 1933, 2858 ff.).

[196]) vgl. Lange, Schuldrecht S. 39.

[197]) über das Erfordernis der Vorausseh barkeit für das Recht eines wirtschaftenden Volkes vgl. Siebert, Verwirkung S. 144 ff; Pohle, JW, 1935 S. 162.

[198]) Es handelt sich um dieselbe Frage, die schon im bisherigen Recht für die Generalklauseln erörtert wurde, vgl. Anm. 200.

[199]) Lange, JW. 1933 S. 2859; Siebert, Verwirkung S. 154; vgl. auch den Schlußsatz der Besprechung Krellers von Hedemanns „Flucht in die Generalklauseln" in ArchZivPr. 138 S. 244.

[200]) Wie ja auch das Wort von der „Gefährlichkeit der Generalklauseln" nur aus einer Zeit erwachsen konnte, der es an einheitlichen Wertungen fehlte. (vgl. insbes. Hedemann S. 66 ff. i. V. mit S. 46 ff.)

Im vorliegenden Falle müssen also Unternehmer und Beschäftigte wissen, wie sich ein anständiger Unternehmer und ein anständiger Beschäftigter zu verhalten haben. Diese Vorstellung zu vermitteln, wird vielfach noch eine Aufgabe der Ehrengerichtsbarkeit, der Treuhänder der Arbeit, der Deutschen Arbeitsfront und der Organisationen der Wirtschaft sein. Wenn diese Erziehung aber erst einmal mit Erfolg durchgeführt ist, wenn jeder Beteiligte eine lebendige Vorstellung von dem in sich trägt, was ein anständiger Unternehmer und ein anständiger Beschäftigter zu tun und zu lassen hat, ist jede Rechtsfolge seines Verhaltens kaum weniger zuverlässig vorauszusehen als wenn die Beziehungen der Beteiligten durch ins Einzelne gehende gesetzliche Bestimmungen geregelt wären.

Daraus folgt zweierlei: Einmal, daß auch das neue Recht nicht auf die Vorausseh barkeit der Rechtsfolgen verzichten kann; zum andern aber, daß die Ableitung von Rechtsfolgen aus allgemeinen Grundsätzen die Vorausseh barkeit der Rechtsfolgen dann nicht beeinträchtigt, wenn das Volk nach einheitlichen Maßstäben und Wertungen ausgerichtet ist; daß also in einem solchen Falle Vorausseh barkeit und verständige Würdigung des Einzelfalles keine Gegensätze sind. Der Einwand, die hier vorgeschlagene Lösung mache die Vorausseh barkeit der Rechtsfolgen unmöglich, ist also zwar beachtlich aber nicht begründet.

Teil 2: Arbeitsverträge die gegen § 134 BGB verstoßen.

25.

Wenn die Bestimmungen, die durch Verbote in Arbeitsverträge eingreifen, daraufhin betrachtet werden, wogegen sich die Mißbilligung der Verbotsbestimmung richtet, die in den Verboten zum Ausdruck kommt, so können zwei Gruppen von Verbotsbestimmungen unterschieden werden:

1. Verbote, die eine bestimmte Ausgestaltung von Arbeitsverträgen verbieten, die also einzelne Bedingungen eines Arbeitsvertrages mißbilligen; sie sollen Ausgestaltungsverbote genannt werden.
2. Verbote, die den Abschluß von Arbeitsverträgen über bestimmte Arbeiten zwischen gewissen Personen überhaupt verbieten, die also derartige Verträge schlechthin und in ihrem ganzen Umfange mißbilligen; sie sollen Eingehungsverbote heißen.

Erster Abschnitt: Arbeitsverträge, die gegen Ausgestaltungsverbote verstoßen.

26.

Die Fälle von Ausgestaltungsverboten können nach den Teilen des Vertragsinhalts, für die sie Bestimmungen vorsehen, eingeteilt werden. Danach sind zu unterscheiden:

1. Bestimmungen, die sich auf die Arbeitszeit beziehen, unter ihnen gibt es Vorschriften
   a) die Höchstarbeitszeiten festsetzen[201]),
   b) die Arbeiten zu bestimmten Zeiten verbieten[202]),
2. Bestimmungen über die Lohnzahlung[203]),
3. Bestimmungen über die Kündigung[204]).
4. Bestimmungen über Wettbewerbsverbote[205]).

Hierher gehören aber weiter auch Gruppen von Bestimmungen, die dem Unternehmer gewisse Pflichten auferlegen, die durch Vertrag nicht abgedungen werden dürfen und zwar

5. Bestimmungen, die dem Unternehmer gewisse Vorschriften über die Einrichtung des Betriebes und der Betriebsräume zur Pflicht machen[206]),
6. Bestimmungen für Fälle von Verhinderung des Beschäftigten[207]),
7. Bestimmungen über die Pflichten in bezug auf die Sozialversicherung[208]).
8. Sonstige Bestimmungen[209]).

27.

Es ist nun zu untersuchen, welche Rechtsfolgen an einen Arbeitsvertrag anknüpfen, der eine solche verbotswidrige Vereinbarung enthält. Da § 134 BGB grundsätzlich auch auf das Arbeitsverhältnis als Treudienstverhältnis anzuwenden ist[210]), muß jedenfalls die verbotswidrige Bestimmung selbst nichtig sein. Der dort vorgesehene Fall, daß

---

[201]) z. B. §§ 3, 5, 15 Abs. 2—4, 16, 18, 20 ff. der Arb. Zeitordnung vom 26. Juli 1934 (RGBl. I S. 803); Verordnung über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien vom 26. September 1934 (RGBl. I S. 864).

[202]) z. B. Verbot der Nachtarbeit für Jugendliche und Arbeiterinnen (§ 19 AZO); entsprechend die Verordnung über die Arbeitszeit in Bäckereien usw.; Verbot der Arbeit an Feiertagen (§§ 105a—i, 136 Abs. 4 GO).

[203]) §§ 115, 115a, 117, 119a Abs. 2 GewO.; §§ 64, 65 HGB, aber auch §§ 119a Abs. 1, 114a—e GewO.; ferner § 17 Abs. 2 GaststättGes. i. V. mit III. Abschn. Ziff. 9 d. Pr. DurchführungsVO. z. Gaststätt.Ges. vom 18. Juni 1930 (GS. S. 117).

[204]) §§ 122, 133 aa GewO,; §§ 66, 67 HGB.

[205]) § 133 f. GewO.; §§ 74 ff. HGB.

[206]) § 618 BGB; § 62 HGB; §§ 120a—e GewO.; Verordnungen des Reichsarb.Min. nach § 13 Heimarb.Ges. vom 23. März 1934 (RGBl. I S. 214); ähnlich § 6 HausarbGes. v. 27. Juni 1923 (RGBl. S. 472).

[207]) §§ 616, 617 BGB; 67 HGB.

[208]) § 139 RVO.

[209]) z. B. Verbot der Akkordarbeit für Arbeitnehmer unter 16 Jahren, § 5 der Tarifordnung für die Ziegelindustrie in Baden vom 22. Juni 1934 (RArb.-Bl. 1934 VI S. 106).

[210]) vgl. S. 45 f.

das Gesetz selbst etwas anderes bestimmt, kann bei den Ausgestaltungsverboten nicht vorkommen; denn es ist ja gerade der Zweck dieser Bestimmungen, Vereinbarungen, die ihnen zuwiderlaufen, zu unterbinden.

Was den Rest des Vertrages anlangt, so erhebt sich zunächst die Frage, ob darauf grundsätzlich § 139 BGB Anwendung finden soll oder nicht; ob also die Nichtigkeit einer einzelnen Bestimmung die Nichtigkeit des ganzen Vertrages nach sich ziehen soll oder nicht.

Je nachdem wie man diese Frage beantwortet, ist dann weiter zu prüfen, entweder (für den Fall der Nichtigkeit des ganzen Vertrages) ob und welche außervertraglichen Ansprüche anstelle der vereinbarten Rechtsfolgen eintreten oder (für den Fall der Wirksamkeit des Vertragsrestes) wie die entstandenen Vertragslücken auszufüllen sind.

28.

Über die Frage der Anwendbarkeit des § 139 BGB wurden bisher beide der hier möglichen Ansichten vertreten. Die einen halten § 139 BGB grundsätzlich für anwendbar[211]), andere für unanwendbar[212]).

Diejenigen, die § 139 BGB grundsätzlich anwenden wollen, weichen untereinander wieder insofern ab, als die einen annehmen, daß die Parteien den Vertrag regelmäßig *nicht* ohne die nichtige Bestimmung abgeschlossen haben würden[213]). Andere sind demgegenüber der Ansicht,

---

[211]) so z. B. allgemein: Marcus, DJZ, 1899 S. 417; Oertmann, GKG. 20 159 und insbes. für die Fälle zu 1.: RAG. ArbRSamml. 15 S. 134, 14 S. 165; 13 S. 567; zu 2.: Sigel S. 37, 39; zu 3.: Brand, § 67 Anm. 5 u. 7; Lehmann-Ring, § 67 Anm. 5, § 69 Anm. 1; Sigel S. 37; zu 4.: Lehmann-Ring § 74a Anm. 13; RG. im Recht 1911 Nr. 3287; zu 5.: Ritter § 62 Anm. 6; Sigel S. 39; Meisner, GKG. 20, S. 149; zu 6.: Baum, GKG. 19 S. 232, 21 S. 30; Meisner a. a. O.; Prenner, ArbR. 1—2 S. 83 ff; Brand, § 63 Anm. 9; Neumann, GKG. 20 S. 343 ff., zu 7.: Sigel S. 43.

[212]) so allgemein: Staub-Bondi § 62 Anm. 2 und (abgeschwächt) § 74 Anm. 16; Hueck-Nipperdey § 30 I, 4 S. 146; Titze S. 660 ff., Potthoff, JW. 1921 S. 1286; so auch § 8 Entw. eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes und insbes. für die Fälle zu 1.: Nipperdey in der Anm. zu RAG. ArbRSamml. 13 S. 569; Dersch in der Anm. zu RAG. ArbRSamml. 14 S. 171; zu 2.: Titze S. 827 zu Anm. 5; RAG. ArbRSamml. 12 S. 80 und Hueck Anm. a. a. O. S. 81; zu 3.: Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 67 Anm. 6; Titze S. 683 zu Anm. 13; Lotmar I S. 592, 593 Anm. 1 a. E.; RG. Recht 1907 Nr. 3705; zu 4.: Staub-Bondi § 74 Anm. 16; Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 74 Anm. 10; Titze S. 803 zu Anm. 26; OLG. Colmar, LZ. 1909 Sp. 793; zu 5.: Staub-Bondi Anh. 2; Titze S. 859 zu Anm. 23; Nipperdey; RG.-Festg. Bd. 4 S, 212; zu 6.: Titze S. 762 zu Anm. 58; Lotmar II S. 220 Anm. 3; Prahl, GKG. 19 S. 282.

[213]) so insbes. für die Fälle zu 1.: RAG. ArbRSamml. 15 S. 134; zu 2.: Brand § 67 Anm. 7; zu 3.: Brand, a. a. O. Lehmann-Ring, a. a. O.; zu 4.: Lehmann-Ring a. a. O.; zu 5.: Meisner a. a. O.; zu 6.: Brand, § 63 Anm. 9; Baum a. a. O.; Meisner a. a. O.

es sei regelmäßig davon auszugehen, daß der Vertrag auch ohne die nichtige Bestimmung abgeschlossen worden wäre. Hierbei seien freilich die Erklärungen der Parteien nicht nach ihrem Wortlaute zu berücksichtigen, sondern zunächst nach §§ 133, 157 BGB auszulegen[214]).

Diejenigen, die § 139 BGB grundsätzlich nicht anwenden wollen, unterscheiden sich wieder dadurch, daß einige diese Vorschrift in diesem Zusammenhang überhaupt für ausgeschlossen halten[215]). Die andern wollen die Regel des § 139 BGB dahin umkehren, daß der Vertrag regelmäßig gültig sei, wenn nicht aus besondern Umständen hervorgehe, daß die Parteien den Vertrag ohne die unwirksame Bestimmung nicht abgeschlossen hätten[216]). Die Nichtanwendbarkeit dieser Bestimmung wird vor allem damit begründet, daß die Anwendung der Vorschrift den ganzen Vertrag vernichten würde und daß auf diese Weise die Beschäftigten schlechter gestellt würden als wenn der Vertrag gültig wäre. Die gesetzlichen Vorschriften bezweckten aber den Schutz der Beschäftigten, man müsse deshalb annehmen, daß der Grundsatz des § 139 BGB dann unanwendbar sei, wenn seine Anwendung den Zweck einer Schutzbestimmung vereiteln würde[217]).

Staub-Bondi sind der Ansicht, daß die Anwendung des § 139 BGB gemäß Art. 2 EG. HGB ausgeschlossen sei. Durch die Schutzvorschriften des HGB sei etwas anderes bestimmt[218]).

Gegen diese Begründung ist eingewendet worden, die Anwendbarkeit des § 139 BGB sei durch das HGB nicht ausdrücklich ausgeschlossen, diese Bestimmung dürfe deshalb „nicht ignoriert" werden[219]). Der Umstand, daß die Vollnichtigkeit den Zwecken der Schutzgesetze zuwiderlaufe, sei kein Grund, gegen die Vollnichtigkeit zu entscheiden; „denn nie und

---

[214]) so insbes. Oertmann, GKG. 20 Sp. 159 und vor allem für die Fälle zu 1.: Sigel S. 41 ff., S. 43; zu 2.: Sigel S. 37, 39 zu Anm. 14; zu 3.: Sigel S. 37; zu 5.: Sigel S. 39; Ritter a. a. O.; zu 6.: Prenner a. a. O.; Neumann, a. a. O.; zu 7.: Sigel S. 43.

[215]) so allgemein Hueck-Nipperdey § 30 I, 4, S. 146; Titze, S. 660 ff.; Potthoff, JW. 1921, S. 1286; insbes. im Falle zu 1.: Dersch in der Anm. zu RAG. ArbRSamml. 14, S. 171; Nipperdey in der Anm. zu RAG. ArbRSamml. 13, S. 569; zu 2.: RAG. ArbRSamml. 12, S. 80; Hueck in der Anm. a. a. O., S. 81; zu 3.: Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 67 Anm. 6; RG. im Recht 1907 Nr. 3705; Lotmar I, S. 592, 593 Anm. 1 a. E.; zu 4.: Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 74 Anm. 10; OLG. Colmar, LZ. 1909 Sp. 793; zu 5.: Nipperdey, RG. Festg. Bd. 4, S. 212; zu 6.: Lotmar II, S. 220 Anm. 3.

[216]) so allgemein § 8 Entw. eines allgem. ArbVertrG.; Staub-Bondi § 62 Anm. 2; insbes. für den Fall zu 6.: Prahl, GKG. 19 Sp. 282.

[217]) so insbes. Titze, S. 660 ff., Hueck bei Hueck-Nipperdey I S. 146; Dersch in der Anm. zu RAG. ArbRSamml. 14 S. 171 und Hueck in der Anm. zu RAG. ArbRSamml. 12 S. 81.

[218]) Staub-Bondi § 62 Anhang 2.

[219]) Goldmann § 62 Anm. 4 zu II.

nimmer können wir ein Geschäft einfach um deswillen als gültig behandeln, weil seine Ungültigkeit dem allgemeinen Interesse zuwider wäre“[220]).

In zwei Entscheidungen, die die badischen und bayrischen Durchführungsverordnungen zum Reichsgesetz über weibliche Angestellte in Gast- und Schankwirtschaften vom 15. Januar 1920 zum Gegenstande haben, nimmt das Reichsarbeitsgericht an, es handele sich bei diesen Vorschriften garnicht um Verbotsgesetze, sondern um „zwingendes Sozialrecht“. Diese Bestimmungen ließen den Arbeitsvertrag bestehen und gestalteten ihn nur dem Willen des Gesetzes entsprechend um[221]). Für eine Anwendung des § 139 BGB bleibt dann naturgemäß kein Raum mehr.

29.

Diejenigen, die für die Anwendbarkeit des § 139 BGB eintreten, müssen die Beschäftigten im Falle der Nichtigkeit des Vertrages für die Zeit, in der Arbeit geleistet worden ist, auf Bereicherungsansprüche beschränken; für die Zukunft wären überhaupt keine Ansprüche gegeben. Das Reichsarbeitsgericht will dadurch helfen, daß es für die Bemessung der Höhe des Anspruchs die Vorschrift des § 612 BGB entsprechend anwendet[222]). Daneben gewährt es eine angemessene Vergütung aus dem allgemeinen Rechtsgedanken, daß „derjenige, der eine Arbeitsleistung annimmt, die den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten ist, diese Arbeit auch angemessen zu vergüten hat“. Dieser Rechtsgedanke komme z. B. in § 612 BGB zum Ausdruck[223]).

Von der Wissenschaft ist diese Begründung abgelehnt worden, da § 612 BGB nur herangezogen werden dürfe, wenn ein gültiger Arbeitsvertrag vorliege[224]).

30.

Soweit man die gegen Ausgestaltungsverbote verstoßenden Verträge für wirksam hält, entsteht die Frage, wie die entstandenen Lücken auszufüllen sind. Hier nimmt die überwiegende Meinung für die meisten Fälle an, daß die Lücken durch die gesetzlichen Bestimmungen auszu-

---

[220]) Oertmann, GKG. 20 Sp. 156; ähnlich Baum, GKG. 21 Sp. 30 ff.
[221]) RAG. ArbRSamml. 12, S. 77 (80) u. 395 (397).
[222]) RAG. ArbRSamml. 15, S. 135.
[223]) RAG. ArbRSamml. 13 S. 567, 14 S. 169, vgl. auch den entsprechenden Grundsatz in den Fällen des Verstoßes von Arbeitsverträgen gegen § 138 BGB. unten S. 86.
[224]) Nipperdey in der Anm. zu RAG. ArbRSamml. 13 S. 569; Dersch in der Anm. zu RAG. ArbRSamml. 14 S. 172; Hueck in der Anm. zu RAG. ArbRSamml. 15 S. 137.

füllen seien. Dieses Ergebnis entspreche am besten dem Gedanken der Arbeiterschutzgesetzgebung[225]). Es sollen also die Rechtsfolgen eintreten, die auf Grund des Gesetzes auch dann eingetreten wären, wenn die Beteiligten über den fraglichen Punkt garnichts bestimmt hätten.

Besondere Schwierigkeiten entstehen in drei Fällen: Zunächst in den Fällen, wo eine über die gesetzliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit vereinbart ist. Hier taucht die Frage auf, ob für die über die zulässige Zeit hinaus geleistete Arbeit vertragliche Ansprüche[226]) oder nur Bereicherungsansprüche[227]) [228]) gegeben sind. Zum anderen da, wo die Bestimmung über die Lohnzahlung nichtig ist. Hier geht die allgemeine Meinung dahin, daß der Lohn nach § 612 BGB zu bestimmen ist[229]). Der weitere zweifelhafte Fall ist die Nichtigkeit der Kündigungsvereinbarung. Hier bestehen Zweifel, ob die gesetzliche Kündigungsfrist eingreifen solle[230]) oder die nach dem Gesetz von den Parteien zu vereinbarende Mindestkündigungsfrist[231]).

Die Vertreter der Ansicht, es gälten die vom Gesetz zugelassenen Mindestkündigungsfristen, stützten sich vor allem darauf, daß die Verein-

---

[225]) so Hueck bei Hueck-Nipperdey I § 30 unter I, 4 S. 146 zu Anm. 9. Ebenso für die Fälle zu 1.: Potthoff, JW. 1921 S. 1286; LG. Dortmund. NZfA. 1927 Sp. 315; für die Fälle zu 4.: Potthoff, a. a. O.; für die Fälle zu 5.: Nipperdey, RG. Festg. Bd. 4 S. 212.

[226]) Potthoff NZfA. 1925 Sp. 582; Kausen ArbGer 1930 Sp. 133; Nipperdey in der Anm. z. RAG. ArbRSammlg. 13 S. 563 (568); RAG. ArbRSammlg. 6 S. 301, 14 S. 89 (91), 20 S. 188 (190), wo von einem Anspruch „aus den allgemeinen Gesichtspunkten des Dienstvertrages und der ungerechtfertigten Bereicherung" gesprochen wird. Ebenso Erdmann-Meißinger § 14 Anm. VIII.

[227]) Kahn-Freund S. 55 Anm. 80; Richter NZfA. 1928 Sp. 9, vgl. auch Arbeitszeit S. 41.

[228]) Grub ArbGer 1928 Sp. 256 will den Anspruch auf § 683 BGB. stützen. LAG. Aachen ArbRSammlg. 3 LAG S. 18 will unter Berufung auf § 817 S. 2 BGB. nicht einmal einen Bereicherungsanspruch geben. Gegen diese Entscheidung Hueck in der Anm. a. a. O. und zu RAG. ArbRSammlg. 4 S. 108 (112).

[229]) Sigel S. 39; Potthoff, JW. 1921 S. 1286; RAG. ArbRSammlg. 12 S. 80; auch Kausen nimmt an (ArbGer. 1930 Sp. 433), daß anstelle des nichtigen Lohnes der angemessene oder übliche Lohn nach §§ 140, 315, 316, 612 BGB. § 59 HGB. trete (vgl. auch Kausen ArbR. 1930 Sp. 676 u. NZfA. 1931 Sp. 151; vgl. auch Oertmann, ArbVertrR. 102 ff., für den Fall der Unterschreitung eines Mindestlohnes).

[230]) so Sigel S. 38; Potthoff, a. a. O.; Fürnrohr JW. 1914 S. 282; Brand § 67 Anm. 5; Schleyer, GKG. 17 Sp. 190; KG. KGBl. 1900 S. 22 und OLG. 1 S. 73; KaufmannsGer. Elberfeld, GKG. 12 Sp. 88.

[231]) so Titze S. 683; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 67 Anm. 3; Staub-Bondi § 67 Anm. 6; Landmann-Rohmer, § 133 a. a. Anm. 2 b; LG. Freiberg Sächs. Arch. 1907 S. 306; KaufmannsGer. Chemnitz GKG. 15 Sp. 60 ff.; GewGer. Chemnitz, GKG. 17 Sp. 114; KaufmannsGer. München GKG. 20 Sp. 205; KfmGer. Berlin ArbEntsch. Bln. 1925 Nr. 165 u. 166; LG. I Berlin, a. a. O. Nr. 163, Nr. 164; RG. HRR. 1930 Sp. 233.

barung der Parteien doch jedenfalls ergebe, daß sie eine kürzere als die normale gesetzliche Kündigungsfrist wünschen, man müsse deshalb die zulässige Kündigungsfrist ermitteln, die der vereinbarten am nächsten komme[232]), nur so werde man dem Willen der Parteien gerecht[233]). Das Ergebnis wird also durch Auslegung des Vertrages nach §§ 133, 157 BGB erreicht[234]).

Gegen diese Begründung ist insbesondere eingewendet worden, die nichtigen Vertragsbestimmungen selbst könnten weder ausgelegt noch zur Auslegung des gültigen Teils herangezogen werden. Der gültige Rest enthalte aber keine Bestimmungen über die Kündigung[235]). Andere begründeten die Anwendung der gesetzlichen Mindestkündigungsfristen damit, daß die Vereinbarung nur insoweit als nichtig anzusehen sei, als sie hinter einer zulässigen Vereinbarung zurückbleibe[236]).

Diese Übersicht zeigt die Schwierigkeiten, die sich nach der bisherigen Auffassung ergaben: einmal die Zweifel darüber, ob § 139 BGB anzuwenden sei; im Falle der Anwendung die Frage, wie man trotzdem zu den vertraglichen Rechtsfolgen kommen könne; im Falle der Annahme einer nur teilweisen Nichtigkeit die Schwierigkeiten der Lückenausfüllung.

31.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Verbotsvorschrift als gesetzliche Mißbilligung der verbotswidrigen Vereinbarung anzusehen. Das Gesetz bringt damit zum Ausdruck, daß es die von den Beteiligten getroffene Regelung nicht als Verwirklichung der Treupflicht ansehen kann.

Das Schicksal des Restvertrages hängt auch hier davon ab, ob man § 139 BGB auf das Treudienstverhältnis anwenden will oder nicht. Zwar besteht auch bei der Anwendung des § 139 BGB die Möglichkeit, daß der Vertrag gültig bleibt, und zwar dann, wenn ihn die Beteiligten auch ohne die nichtige Vereinbarung abgeschlossen haben würden. In der Regel wird das aber nicht der Fall sein. Der Beschäftigte, zu dessen Nachteil sich die Bestimmung auswirkt, wird ein Interesse daran ha-

---

[232]) so insbes. Titze S. 683 zu Anm. 15.

[233]) so Staub-Bondi § 67 Anm. 6; KfmGer. Chemnitz, GKG. 15 Sp. 60; KfmGer. Bln.; Jahrb. KaufmGer. Berlin I S. 216 Nr. 10; LG. I Berlin, ArbEntsch. Bln. 1925 Nr. 163 (S. 52).

[234]) so insbes. KfmGer. Chemnitz, GKG. 15 Sp. 60 u. GewGer. Chemnitz, GKG. 17 Sp. 114.

[235]) so insbes. Fürnrohr, JW. 1914 S. 282; Schleyer, GKG. 17 Sp. 190.

[236]) so RG. in HRR. 1930 Nr. 233; ähnlich auch KfmGer. Berlin in Jhb. d. KfmGer. Bln. 3 (1912) Nr. 33), ebenso LG. I Bln. in der Berufsinstanz in dieser Sache a. a. O.

ben, sie nicht in den Vertrag aufzunehmen, wird sich also gegen sie wehren. Wenn er trotzdem einen Vertrag mit der beanstandeten Bestimmung abschließt, so spricht das dafür, daß der Unternehmer sonst nicht zum Abschluß zu bewegen gewesen wäre. Andererseits ergibt sich daraus, daß der Unternehmer trotz des Widerstrebens des Beschäftigten auf der Aufnahme der Bestimmung besteht, ja dafür sogar die Gefahr der Nichtigkeit in Kauf nimmt, daß er Wert auf ihre Aufnahme legt. Wenigstens der Unternehmer würde also in aller Regel den Vertrag nicht ohne die nichtige Bestimmung abgeschlossen haben[237]).

Diese Auffassung steht übrigens auch nicht im Widerspruch zu dem vom Reichsgericht ausgesprochenen Grundsatz, daß bei der Frage der Aufrechterhaltung des Restteiles eines Vertrages zu berücksichtigen sei, was die Parteien bei verständiger Abwägung ihrer Interessen vereinbart hätten, wenn sie die Unverbindlichkeit ihrer Abrede gekannt hätten, und daß sie regelmäßig nicht den ganzen Vertrag an der Nichtigkeit einer Abrede hätten scheitern lassen[238]). Denn gerade bei Arbeitsverträgen bringt es die Lage der Beteiligten, insbesondere die wirtschaftliche Überlegenheit des Unternehmers mit sich, daß er es sich leisten kann, den Vertrag an einer Bestimmung scheitern zu lassen. Auch würde den Beschäftigten die Beweislast dafür treffen, daß der Vertrag auch ohne die unwirksame Abrede abgeschlossen worden wäre[239]).

Die Voraussetzungen des § 139 BGB sind in derartigen Fällen an sich gegeben. Freilich muß das Rechtsgeschäft aus mehreren Teilen bestehen. Dazu ist aber nicht erforderlich, daß es aus mehreren einzelnen Rechtsgeschäften besteht, sondern das bedeutet nur, daß es sich um ein Rechtsgeschäft handeln muß, das sich aus mehreren Vertragsbestimmungen zusammensetzt[240]).

Die Unanwendbarkeit des § 139 BGB dürfte sich auch nicht — wie Staub-Bondi wollen — aus Art. 2 EG HGB herleiten lassen[241]). Einmal bestimmen die Schutzvorschriften des HGB garnichts von § 139 BGB Abweichendes. Zum andern würde dann die Unanwendbarkeit nur für die Arbeitsverträge der kaufmännischen Angestellten gelten, dagegen nicht für die gewerblichen Angestellten. Ein Grund für diese Verschiedenheit in der Behandlung wäre nicht einzusehen.

Wohl aber treffen die Gründe derer, die bisher schon die Anwendbarkeit des § 139 BGB deshalb verneinten, weil seine Anwendung zu höchst

---

[237]) vgl. auch RAG. ArbRSamml. 15 S. 133 (134).

[238]) RG. 118 S. 218 (222).

[239]) Staudinger-Riezler, § 139 Anm. 4; RGRK. § 139 Anm. 2 S. 232, 2. Abs. a. E.

[240]) RAG. ArbRSamml. 12 S. 355; Staudinger-Riezler § 139 Anm. 2a; vgl. auch 2d; vgl. ferner Mot. I S. 25 ff.

[241]) vgl. Anm. 218.

unbefriedigenden Ergebnissen führen würde, auch nach der hier vertretenen Auffassung des Arbeitsvertrages zu, ja sie haben eher noch an Gewicht gewonnen.

Zweck der Verbotsbestimmungen ist es, die Beteiligten an einer der Treupflicht nicht entsprechenden Ausgestaltung ihrer Verhältnisse zu hindern und dadurch vor allem den Beschäftigten zu schützen. Würde ein Verstoß gegen die Verbotsbestimmungen die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge haben, so hätte der Unternehmer dem Beschäftigten gegenüber gerade erst recht freie Hand. Er könnte ihn jederzeit entlassen. Ein Anspruch auf Entgelt wäre für die Zukunft überhaupt nicht, für die Zeit, wo Arbeit geleistet worden ist, nur aus ungerechtfertigter Bereicherung zu begründen. Der Beschäftigte würde damit schlechter stehen als ohne die zu seinem Schutze gedachten Bestimmungen. Wie unbefriedigend und höchst unerwünscht diese Folgen sind, wurde schon früher von der überwiegenden Meinung anerkannt.

Der Hinweis darauf, daß die Vollnichtigkeit des Arbeitsvertrages den Zwecken der Schutzvorschrift zuwiderlaufen würde, kann auch heute nicht mehr damit abgetan werden, daß die Zweckwidrigkeit des Ergebnisses einer Auslegung noch kein Grund dafür sei, sie abzulehnen[242]).

32.

Erschienen die Ergebnisse der Anwendung des § 139 BGB schon nach der bisherigen Auffassung des Arbeitsverhältnisses äußerst bedenklich, so können sie umsoweniger rechtens sein, wenn man den Arbeitsvertrag als Treudienstverhältnis ansieht. Denn die in dieser Bestimmung vorgesehene Regelung ist mit der neuen Auffassung des Arbeitsvertrages nicht zu vereinbaren. § 139 BGB geht davon aus, daß die Nichtigkeit eines Teiles eines Rechtsgeschäftes grundsätzlich die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäftes nach sich ziehen soll. Nun wird das Treudienstverhältnis von einer gegenseitigen Treupflicht beherrscht. Die Ausgestaltung, die es durch Parteibestimmungen erfahren kann, darf sich[243]) immer nur im Rahmen der Treupflicht halten, muß also Verwirklichung der Treupflicht sein. Bei einem Widerstreit zwischen Parteiwillen und Treupflicht geht danach die Treupflicht vor. Dann kann aber dadurch, daß eine Parteibestimmung über einen einzelnen Punkt der Treupflicht nicht entspricht, der Bestand der Treubindung im übrigen nicht beeinträchtigt werden; denn sonst würde ja der Parteiwille, wenn er sich auch der Treupflicht gegenüber nicht durchsetzen könnte, doch wenigstens die Verwirklichung der Treupflicht hindern können.

---

[242]) wie die Anm. 220 angeführten wollen.
[243]) wie S. 44 f. ausgeführt worden ist.

Freilich wird es Fälle geben, in denen diese gegenseitige Treubindung nicht besteht, weil die Parteivereinbarung so sehr gegen die Anforderungen der Treupflicht verstößt, daß der ganze Vertrag nichtig ist. In welchen Fällen und unter welchen besonderen Voraussetzungen das der Fall ist, wird später zu erörtern sein[244]). Es genügt hier festzustellen, daß die Vollnichtigkeit nur ausnahmsweise im Falle ganz besonders schwerwiegender Verstöße gegen die Anforderungen der Treupflicht eintreten darf, weil sonst der Grundsatz aufgegeben werden müßte, daß bei einem Widerstreit zwischen Parteivereinbarung und Treupflicht der Parteiwille zurückzutreten hat. Deshalb entspricht es nicht dem Wesen des Treudienstverhältnisses, daß der Verstoß einer einzelnen Abmachung gegen die Treupflicht (also im Sinne des § 139 BGB die Nichtigkeit eines Teiles eines Rechtsgeschäftes) im Regelfalle die Vollnichtigkeit des Geschäftes zur Folge hat.

Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich aber zugleich auch ein weiterer Grund gegen die Anwendbarkeit des § 139 BGB. Nach dieser Bestimmung hängt die Wirksamkeit des Restes des Geschäftes letzten Endes vom Parteiwillen ab. Dem Wesen des Treudienstverhältnisses entspricht es aber gerade nicht, diese Entscheidung dem Willen der Parteien zu überlassen, denn damit würde der Wille der Parteien gegenüber den Anforderungen der Treupflicht vorgehen[245]).

33.

In den Fällen gegen die Arbeitszeitbestimmungen verstoßender Überstundenarbeit ist der Vertrag nur insoweit als nichtig anzusehen, als er den Beschäftigten zur Überstundenarbeit verpflichtet. Denn nur insoweit hält er sich nicht an die von der Treupflicht gezogenen Schranken. Jede weitere Erstreckung der Nichtigkeit würde den Beschäftigten, zu dessen Schutz die Arbeitszeitvorschriften geschaffen worden sind, eher schädigen. Zwar sollen die Arbeitszeitbestimmungen nicht in erster Linie den Interessen des einzelnen Beschäftigten dienen sondern denen der Volksgesamtheit; denn die Mehrarbeit entzieht anderen Beschäftigten Arbeitsmöglichkeiten und bedroht die Volksgesundheit[246]). Immerhin werden die Belange der Gesamtheit aber hier nicht so schwer getroffen, als daß der Beschäftigte, der gesetzwidrig aber vertragsmäßig Mehrarbeit leistet, auf Bereicherungsansprüche beschränkt werden müßte[247])[248]). Strafvorschriften

[244]) vgl. S. 71 f.

[245]) Siebert hält von seiner (abweichenden) Auffassung des Arbeitsverhältnisses aus ebenfalls § 139 BGB für unanwendbar. Arbeitsverh. S. 84, 98).

[246]) Richter, Arbeitszeit S. 41; Siebert Arbeitsverh. S. 98.

[247]) wie Richter a. a. O. will.

[248]) insbesondere sind die Folgen des Verstoßes für die Gesamtheit erheblich weniger bedeutungsvoll als etwa in den Fällen der verbotenen Frauen- und Kinderarbeit. Die abweichende Behandlung jener Verbote (vgl. unten S. 73) erscheint aus diesem Grunde nicht ungerechtfertigt.

und Ehrengerichtsverfahren dürften hier genügen, um eine ernstliche Schädigung der Gesamtheit durch verbotene Mehrarbeit zu verhüten[249]). Deshalb sind dem Beschäftigten für die tatsächlich geleisteten Überstunden die vertragsmäßig zugesagten Leistungen zu gewähren.

34.

Ist die Vereinbarung über die Lohnzahlung nichtig, so war nach bisheriger Auffassung die „übliche Vergütung" zu zahlen. Bei der Auslegung des Begriffes „üblich" sind nun aber die neuen Anschauungen vom Wesen des Arbeitsvertrages zu beachten. Das Arbeitsverhältnis als Treudienstverhältnis verlangt, daß alle Besonderheiten des einzelnen Falles mit in Rechnung gezogen werden. Der in einem Treudienstvertrag „übliche" Lohn kann also nicht dadurch ermittelt werden, daß festgestellt wird, welche Vergütung in der Mehrzahl der Fälle in dem betreffenden Geschäftszweige gewährt wird, sondern üblicher Lohn kann nur der Lohn sein, der in einem Falle wie dem gerade zu prüfenden Einzelfall als üblich anzusehen ist. Das ist aber nichts anderes als der angemessene Lohn[250]).

Angemessener Lohn bedeutet hier freilich nicht etwa den Bedürfnissen des Beschäftigten angemessen, sondern nach den Verhältnissen aller Beteiligten angemessen. Es kann deshalb auch vorkommen, daß selbst ein „Hungerlohn" angemessen ist. Und zwar dann, wenn der Betrieb eine höhere Entlohnung nicht würde tragen können. In einem solchen Falle entspricht es eher der Treupflicht, daß der Beschäftigte zu einem niedrigeren Lohne überhaupt beschäftigt wird, als daß er arbeitslos wird, weil der Unternehmer keinen höheren Lohn zahlen kann[251]). Andererseits kann der in der Mehrzahl der Fälle tatsächlich gezahlte Lohn auch durchaus unangemessen sein, z. B. dann, wenn die in einem gewinnbringenden Gewerbezweig beschäftigten nur schlecht entlohnt werden.

35.

Der andere Fall, der bisher zu Zweifeln Anlaß gegeben hat, ist die Nichtigkeit der Kündigungsvereinbarung. Auch hier ist zu ermitteln, wie

---

[249]) so auch Siebert, Arbeitsverh. S. 98, DAR 1936 S. 10 unter VII 2, der freilich ein auch in bezug auf die Arbeitszeitbestimmung voll wirksames Arbeitsverhältnis annimmt, dem Beschäftigten aber ein einseitiges Lösungsrecht gibt. Wie hier im Ergebnis auch die Anm. 226 aufgeführten.

[250]) Übrigens hat das RAG. auch schon früher ausgesprochen, daß im Falle nichtiger Lohnvereinbarungen der angemessene (nicht der übliche!) Lohn zu gewähren sei (RAG. ArbRSamml. 12 S. 80; vgl. auch Kaufen, ArbGer. 30 Sp. 433; ArbR. 1930 Sp. 676 ff., NZfAR. 1931 Sp. 151)

[251]) vgl. die Anm. 335 angeführten.

die einem gegenseitigen Treuverhältnis entsprechende Kündigungsfrist beschaffen sein muß. Wo das Gesetz Kündigungsfristen gibt, sind zunächst diese als der Treupflicht entsprechend anzusehen. Ist aber die vertragliche Vereinbarung einer kürzeren Kündigungsfrist ausdrücklich vorgesehen, so geht daraus hervor, daß auch die kürzere Frist als Verwirklichung der Treupflicht angesehen werden kann.

Nun gehört zu den Umständen, die bei der Ermittlung dessen zu berücksichtigen sind, was als angemessene Verwirklichung der Treupflicht anzusehen ist, auch das, was die Parteien selbst als Verwirklichung der Treupflicht haben ansehen wollen[252]). Aus der Vereinbarung einer Kündigungsfrist, die noch hinter der kürzesten Frist zurückbleibt, die hätte vereinbart werden können, wird nun vielfach hervorgehen, daß die Beteiligten aus irgendwelchen *berechtigten* Gründen jedenfalls eine kürzere Frist als die gesetzliche wünschten. In solchen Fällen werden in der Regel keine Bedenken bestehen, diese berechtigten Gründe der Vertragsteile auch bei der Ermittlung des nach der Treupflicht Angemessenen zu berücksichtigen und die Kündigungsfrist nicht auf die gesetzliche, sondern auf die gesetzliche Mindestkündigungsfrist festzusetzen

Die Bedenken, die bisher gegen die Anwendung der gesetzlichen Mindestkündigungsfristen geltend gemacht wurden[253]), sind nach der neuen Auffassung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr begründet. Der Inhalt des Vertrages wird in erster Linie durch die Treupflicht bestimmt. Die gesetzlichen Vorschriften geben nur die Grenzen der Treupflicht an. Auch wenn eine Vereinbarung nicht wirksam ist, weil sie hinter diesen Grenzen zurückbleibt, können doch die Umstände, die die Beteiligten zu dieser Vereinbarung veranlaßt haben, bei der Ermittlung des nach der Treupflicht Angemessenen berücksichtigt werden[254]). Das ergibt sich aus dem Wesen des Treudienstverhältnisses.

Freilich ist damit nicht gesagt, daß in allen derartigen Fällen stets die gesetzliche Mindestkündigungsfrist maßgebend sei. Zeigt sich z. B., daß dem Wunsche der Beteiligten nach Abkürzung der Kündigungsfrist oder doch wenigstens dem Wunsche des wirtschaftlich stärkeren Vertragsteiles kein berechtigter Grund zugrunde liegt, sondern lediglich das Bestreben, seine eigenen Interessen möglichst weitgehend — sei es auch auf Kosten des anderen Teiles — durchzusetzen, so besteht kein Anlaß, unter die gesetzliche Kündigungsfrist herunterzugehen. Es kann also weder allgemein gesagt werden, die Kündigungsfrist ist die gesetzliche, noch es ist die gesetzliche Mindestkündigungsfrist, sondern bald wird die eine, bald die andere die der Treupflicht besser entsprechende Kündigungsfrist sein.

---

252) vgl. S. 50.
253) vgl. S. 58.
254) vgl. S. 50.

Die neue Auffassung führt hier nicht zu einer starren Formel, aus der sich schematisch für jeden Fall das Ergebnis ablesen ließe, sondern sie gestattet, die Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen, um so eine Entscheidung zu finden, die dem Einzelfall wirklich „gerecht" wird, ohne daß dadurch auf der anderen Seite eine gefährliche Rechtsunsicherheit platzgreifen müßte.

Zweiter Abschnitt: Arbeitsverträge, die gegen Eingehungsverbote verstoßen.

36.

Die gesetzlichen Vorschriften, die die Eingehung von Arbeitsverträgen verbieten, können in zwei Gruppen eingeteilt werden, je nachdem, ob das Verbot in erster Linie dem Schutz des Beschäftigten selbst oder anderen Zwecken dient.

Die Verbote, die in erster Linie dem Schutze der Beschäftigten selbst dienen, zerfallen wieder in zwei Gruppen:

a) solche, deren Gründe in der Person der Beschäftigten liegen,

b) solche, deren Gründe in der Person des Unternehmers liegen.

Zu der Gruppe zu a) gehören

1. das Verbot der Kinderarbeit[255]).
2. das Verbot der Beschäftigung jugendlicher Arbeiter[256]).
3. das Verbot der Beschäftigung von Arbeiterinnen[257]).
4. das Verbot der Beschäftigung weiblicher Arbeitnehmer in Gast- und Schankwirtschaften, wenn die Polizei die Beschäftigung untersagt hat oder wenn es sich um Arbeitnehmerinnen unter 18 Jahren handelt und die polizeiliche Genehmigung fehlt[258]).

---

[255]) §§ 4 ff. KindSchutzG vom 30. März 1903 i. d. Fassung d. Ges. v. 31. Juli 1925 (RGBl. 1 S. 162); § 16 Abs. 1–5 AZO i. d. Fassung d. Bekanntm. v. 26. Juli 1934 (RGBl. I S. 803), entsprechend dem früheren § 135 GewO. Dagegen enthalten die Vorschriften des § 17 Abs. 3 u. d. Verordng. d. RArbMin. nach Abs. 5 u. 7 AZO keine Eingehungs- sondern Ausgestaltungsverbote.

[256]) Verordnungen d. RArbMin. auf Grund des § 16 Abs. 7 AZO (entsprechend den Verordnungen auf Grund des früheren § 139 a Abs. 1 Ziff. 1 GewO.).

[257]) Verordng. d. RArbMin auf Grund von § 16 Abs. 7 AZO.

[258]) § 17 Abs. 2 GaststättG. m. Abschn. III d. Preuß. DurchfVO. z. Gaststätt. Ges. v. 18. Juni 1930 (GesS. S. 117).

5. das Verbot der Beschäftigung von Wöchnerinnen[259]),
6. das Verbot der Beschäftigung erkrankter Arbeitnehmer in gesundheitsschädlichen Betrieben[260]).

Zu der Gruppe zu b) gehören:

1. die Verbote, Lehrlinge zu halten in den Fällen der §§ 126 GO, 81 HGB (Fehlen der bürgerlichen Ehrenrechte), § 126 a Abs. 1 GO (Pflichtverletzungen gegenüber Lehrlingen), § 126 a Abs. 2 GO (Gebrechen des Lehrherren), §§ 128 Abs. 2, 130,139 I GO (Lehrlingszüchterei),
2. das Verbot der Beschäftigung weiblicher arischer Hausangestellten in jüdischen Haushalten[261])[262]).

Dagegen sind der Gruppe, deren Verbote nicht in erster Linie dem Schutze der betroffenen Beschäftigten, sondern andern Zwecken dienen, zuzurechnen:

1. das Verbot, Ausländer zu beschäftigen[263]),
2. das Verbot, fachfremde Arbeiter zu beschäftigen[264]),

---

[259]) § 2 Abs. 2 d. Ges. über die Beschäftigung vor u. nach der Niederkunft vom 16. Juli 1927 (RGBl. 1 S. 184) i. d. Fassg. d. Ges. v. 28. Okt. 1927 (RGBl. 1 S. 325); das Verbot ist freilich nur insoweit als Eingehungsverbot anzusehen, als es sich um Verträge handelt, die während der Schutzzeit geschlossen werden. Auf Verträge, die schon vor der Niederkunft bestehen, wirkt die Bestimmung nur als Ausgestaltungsverbot. Sie spricht aus, daß eine Beschäftigung der Wöchnerin in dieser Zeit nicht der Treupflicht entspricht, daß freilich dafür die Treupflicht auch keine Entgeltzahlung fordert.

[260]) z. B. § 13 d. Bekanntm. betr. die Einrichtung u. d. Betrieb von Anlagen zur Herstellung von Alkali-Chromaten vom 16. Mai 1907 (RGBl. S. 233); § 18 Abs. 2 d. Bek. v. 16. Juni 1905 betr. d. Einrichtg. u. d. Betrieb d. Bleihütten (RGBl. S. 545).

[261]) § 3 Ges. zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935 (RGBl. I. S. 1146).

[262]) Freilich ist der Haushalt kein Betrieb im Sinne des AOG. (Mansfeld-Pohl § 4 Anm. 2 S. 135; Siebert, Arbeitsverh. S. 16 Anm. 1). Wenn man aber davon ausgeht, daß der Einfluß des AOG nicht zu einer Eingliederung des Arbeitsvertrages in die „Ordnung Betriebsgemeinschaft" führt, sondern nur zu einer inhaltlichen Umgestaltung des rechtlich selbständigen Arbeitsvertrages, so besteht kein Grund, diese Umgestaltung nicht auch bei den Arbeitsverträgen anzunehmen, die sich nicht in einer Betriebsgemeinschaft abspielen. Siebert, der die Wirkungen des Arbeitsverhältnisses allein auf die „Ordnung Betriebsgemeinschaft" zurückführt, will die von ihm vertretenen Grundsätze auf Arbeitsverhältnisse außerhalb eines Betriebes „regelmäßig zum mindesten entsprechend" anwenden (Arbeitsverh. S. 16 Anm. 1).

[263]) VO. vom 2. Januar 1926 (RGBl. I. S. 5) und vom 20. September 1927 (RGBl. I. S. 302).

[264]) z. B. Tarifordnung f. d. Fleischereibetriebe im Treuhänderbezirk Sachsen vom 20. Juli 1934 § 4 (RArbBl. VI S. 155).

3. das Verbot, Arbeitsplätze, die für Schwerbeschädigte freizuhalten sind, zu besetzen, bevor nicht die Hauptfürsorgestelle binnen 10 Tagen Gelegenheit gehabt hat, einen geeigneten Schwerbeschädigten zu benennen[265]),
4. das Verbot, ausgeschiedene Lehrlinge vor Ablauf von 9 Monaten im gleichen Gewerbezweige zu beschäftigen[266]),
5. das Verbot der Nebenbeschäftigung ohne Genehmigung für Beamte[267]),
6. das Verbot der Einstellung von Personen, die nach einer Anordnung des Präsidenten der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung nicht ohne Einwilligung des Präsidenten oder einer von ihm bestimmten Stelle angestellt werden dürfen[268]).

37.

Schon diese Übersicht zeigt, wie verschiedenartige Bestimmungen unter das Gebiet der Eingehungsverbote fallen. Bei einer Reihe dieser Vorschriften wurde auch bisher angenommen, daß der Verstoß dagegen die zivilrechtliche Gültigkeit des Geschäftes nicht antaste[269]). Zu der Frage nach den Folgen, die sich an solche Verträge anknüpfen, die wegen Verstoßes gegen Eingehungsverbote nichtig sind, tritt also die weitere Frage, in welchen Fällen der Verstoß gegen ein solches Verbot zur Nichtigkeit führt.

38.

Die verschiedenen über diese letzte Frage vertretenen Ansichten zeigt die nachstehende Zusammenstellung:

Als nichtig werden jedenfalls die Verträge angesehen, die eine Arbeit zum Gegenstande haben, deren Vornahme selbst gesetzwidrig ist[270]). In den Fällen des Verbots der Kinderarbeit, der Beschäftigung von jugendlichen Arbeitern und von Arbeiterinnen hält die überwiegende

---

[265]) § 6 Abs. SchwerbeschGes.
[266]) § 127 e Abs. 2 GewO.
[267]) §§ 9, 20 Beamtenrechtsänderg. Ges. v. 30. Juni 1933 (RGBl. I S. 433) entsprechend dem § 16 RBeamtGes von 1873.
[268]) §§ 1 u. 2 d. Ges. z. Regelung d. Arbeitseinsatzes v. 15. Mai 1934 (RGBl. I S. 381).
[269]) z. B. bei den Verboten aus § 6 Abs. 5 SchwerbeschG oder §§ 9, 20 BeamtenrechtsänderG.
[270]) Hueck-Nipperdey I S. 150 Anm. 23; Oertmann, ArbVertr Recht S. 104; Potthoff, JW. 1921 S. 186.

Meinung die verstoßenden Verträge ebenfalls für nichtig[271]). Auch Sigel dürfte hier nicht[272]) anderer Ansicht sein. Zwar führt er aus[273]), in den Fällen der §§ 105 a—i, 135—37 GewO trete deshalb keine Nichtigkeit der gegen diese Bestimmungen verstoßenden Verträge ein, weil es sich um Verbote handele, die sich nur an den Unternehmer wendeten. Denn in den Fällen, wo sich ein Verbot nur gegen eine Vertragspartei richte, sei schon dadurch „etwas anderes" als Vollnichtigkeit bestimmt[274]). Doch ist das an der Stelle der Motive, auf die sich Sigel beruft[275]), nicht so allgemein ausgesprochen wie es Sigel hinstellt, abgesehen davon, daß die Ansicht der Motive nicht ohne weiteres für die Auslegung eines Gesetzes maßgebend ist.

Die von Sigel an dieser Stelle aufgeführten Bestimmungen der Gewerbeordnung enthalten aber nicht nur Eingehungsverbote sondern zum überwiegenden Teil gerade Ausgestaltungsverbote[276]). Es liegt also nahe anzunehmen, daß Sigel bei seinen Ausführungen garnicht an die wenigen Fälle der Eingehungsverbote gedacht hat, sondern daß er überhaupt nur von den Ausgestaltungsverboten sprechen wollte[277]). Allerdings nimmt Sigel für den Fall der Sonntagsarbeit, die ja dann Eingehungsverbot ist, wenn der Vertrag nur Sonntagsarbeit zum Gegenstande hat, mit derselben Begründung an, daß der Vertrag doch gültig sei[278]). Landmann-Rohmer halten dagegen solche Verträge für nichtig, weil der Zweck des Gesetzes nicht erreicht würde, wenn dem Beschäftigten ein klagbarer Lohnanspruch gewährt würde[279]).

Beim Verbot der Beschäftigung von Wöchnerinnen nimmt Goldschmidt[280]) an, daß das Arbeitsverhältnis als solches bestehen bleibe und nur die Verpflichtung der Wöchnerin zur Arbeitsleistung entfalle. Doch hat er dabei wohl die Fälle im Auge, wo das Verbot nur als Ausgestaltungsverbot wirkt[281]) und denkt nicht an den — freilich selteneren—

---

271) Landmann-Rohmer, §§ 135 Anm. 7, 139 a Anm. 15; Kahn-Freund S. 76 Anm. 116; Nelken S. 845 ff.; Potthoff, ArbR 1922 Sp. 691 ff; RG 66 S. 42 (45).

272) wie Landmann-Rohmer a. a. O. u. Nipperdey, RG-Festg. Bd. 4 S. 211 annehmen.

273) S. 42 ff.

274) Darüber, daß das z. T. zutrifft, freilich nicht für die hier erwähnten Fälle, s. unten S. 71 ff.

275) Mot. I S. 210.

276) §§ 105 a—i, 135 Abs. 2, 3, §§ 136, 137 und nur § 135 Abs. 1 und § 137 Abs. 7 GewO. enthalten Eingehungsverbote.

277) dafür sprechen insbes. seine Ausführungen S. 41 hinter Anm. 25.

278) S. 41 ff.

279) Landmann-Rohmer § 105 b Anm. 1 S. 265; Potthoff, ArbR 1922 Sp. 692.

280) RArbBl 1927 II S. 263.

281) vgl. oben Anm. 259.

Fall, daß die Wöchnerin während der Schutzfrist einen neuen Arbeitsvertrag eingeht.

In den Fällen der §§ 126, 126 a, 128 Abs. 2, 130 GewO wird vielfach angenommen, daß die gegen diese Bestimmungen verstoßenden Verträge doch gültig seien, weil dem Lehrherrn im Falle ihrer Nichtigkeit auch keinerlei Pflichten im Interesse der Lehrlinge oblägen und dadurch der Lehrling, der doch geschützt werden solle, gerade erst recht geschädigt würde[282]).

Im Falle des dem § 126 GO ähnlichen § 81 HGB sehen viele die dagegen verstoßenden Verträge deshalb als gültig an, weil es im § 81 HGB nur heiße, der Unternehmer „darf" keine Lehrlinge halten. Nach der im HGB streng durchgeführten Verwendung der Worte „dürfen" und „können" solle Nichtigkeit nur da eintreten, wo gesagt sei „kann nicht", während der Verstoß gegen ein bloßes „darf nicht" nicht zur Nichtigkeit führe[283]); wogegen wieder eingewendet wird, dieser Unterschied sei nicht streng durchgeführt[284]). Andere weisen darauf hin, daß ja nur das „Halten" nicht auch schon die Annahme von Lehrlingen untersagt sei; der Vertrag dürfe also abgeschlossen werden, nur die in Erfüllung des Vertrages erfolgende Einstellung sei unzulässig[285]).

Die Anhänger der Nichtigkeit derartiger Lehrverträge berufen sich vor allem auf das „obwaltende öffentliche Interesse"[286]). Ähnlich hält Ritter[287]) solche Verträge zwar nicht nach § 134 BGB für nichtig, nimmt aber an, sie seien auf eine von Anfang an unmögliche Leistung gerichtet und deshalb nach § 306 BGB nichtig.

Verträge, die gegen das Verbot der Beschäftigung von Ausländern verstoßen, werden ebenfalls für nichtig gehalten[288]). Dagegen wird für Verstöße gegen das Einstellungsverbot des § 6 Abs. 5 SchwerbeschGes. keine Nichtigkeitswirkung angenommen[289]).

---

[282]) so Hueck-Nipperdey, I § 28 unter III, 1 S. 138; Titze S. 876; ebenso ohne Begründung Oertmann, ArbORecht S. 258 unter 2 a; Kaskel-Dersch, § 44 Anm. 1 S. 251; Kahn-Freund S. 76 Anm. 116; für §§ 128 Abs. 2, 130 GewO. auch Potthoff, ArbR 1922 Sp. 691 u. RAG ArbRSamml 4 S. 118 (123).

[283]) so insbes. Staub-Bondi § 81 Anm. 1; auch Bloch S. 2; Makower § 81 Anm. 1.

[284]) Goldmann, § 81 Anm. II, 1.

[285]) so Brand § 81 Anm. 1.

[286]) so Staudinger-Riezler § 134 Anm. 6 c; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 81 Anm. 1 und — ohne Begründung — Horrwitz S. 160 zu Anm. 1; Lehmann-Ring § 81 Anm. 1; Kahn-Freund S. 76 Anm. 116 u. Nipperdey RG Festg. Bd. 4 S. 209 Anm. 30.

[287]) § 81 Anm. 1.

[288]) Kahn-Freund S. 76 Anm. 116.

[289]) Kahn-Freund, a. a. O.; wohl auch Schneider-Günther, § 6 Anm. 22.

Auch über die Folgen des Verstoßes in den Fällen der Nichtigkeit gehen die Ansichten auseinander. Allgemein wird angenommen, daß jedenfalls kein Vertragsteil für die Zukunft an den Vertrag gebunden sei[290]). In bezug auf die Wirkungen der Nichtigkeit für die Vergangenheit wird meist die Ansicht vertreten, daß der nichtige Arbeitsvertrag auch dafür keine Wirkungen haben könne, daß die Beschäftigten deshalb auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung angewiesen seien[291]).

Dieses Ergebnis wird auch vielfach als durchaus angemessen angesehen, weil man der Meinung ist, das Gesetz wolle in diesen Fällen die tatsächliche Beschäftigung verhindern und das könne am ehesten dadurch erreicht werden, daß vertragliche Ansprüche nicht gewährt würden. Es liege auch kein Anlaß vor, Beschäftigte, die bewußt einem gesetzlichen Verbot zuwider handeln, zu schützen[292]). Dabei heben die Vertreter dieser Ansicht noch hervor, daß Härten dadurch ausgeglichen würden, daß der Beschäftigte, der nicht wisse, daß er einen verbotenen Vertrag eingehe und dessen Unkenntnis auch nicht auf Fahrlässigkeit beruhe, nach §§ 309, 307 BGB Schadensersatz verlangen könne; schließlich bestehe noch die Möglichkeit, daß auch die Voraussetzungen des § 826 BGB gegeben seien[293]).

Andere wollen umgekehrt gerade mit Rücksicht darauf, daß die Schutzgesetze die Beschäftigten vor Schaden bewahren sollen, diese nicht auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung beschränken. Soweit dabei die Vorstellung mitgespielt hat, daß dem Beschäftigten dann nicht der Pfändungsschutz des Lohnbeschlagnahmegesetzes zugute komme, ist dieses Bedenken durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die Zwangsvollstreckung vom 24. Oktober 1934 (RGBl. I S. 1070) beseitigt worden.

Zum Teil wird dieses Ergebnis dadurch erreicht, daß man annimmt, der nichtige Vertrag werde durch die Vornahme der Arbeit geheilt[294]). Nelken nimmt (für § 135 GewO.) an, wenn der nichtige Vertrag erfüllt werde, so sei das als Bestätigung im Sinne des § 141 Abs. 2 BGB anzusehen, der Vertrag sei also für die Zeit, wo der Arbeiter tatsächlich

---

290) Staudinger-Nipperdey, § 611 Anm. IV, 3.

291) Hueck-Nipperdey I S. 140, 149; Hueck bei Hueck-Molitor-Riezler S. 149; Hueck, JherJ. 74 S. 380 ff; Landmann-Rohmer § 105 b Anm. 1 S. 265; Nipperdey bei Hueck-Nipperdey-Dietz § 30 Anm. 9; Bewer, LZ 1924 Sp. 321; Friedrichs, ArbR 1924 Sp. 893 zu 5; Kreller, ArchZivPr. 122 S. 21; RAG ArbRSamml 8 S. 163 (171).

292) Hueck-Nipperdey I S. 140, 149, insbes. Hueck, JherJ. 74 S. 384; Friedrichs, a. a. O.

293) Hueck-Nipperdey I S. 149.

294) Oertmann, ArbDR S. 99, 104.

Arbeit geleistet habe, als gültig anzusehen[295]). Gegen diese Lösung wendet aber Sigel — wohl mit Recht — ein, daß ein wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtiger Vertrag nicht durch Handlungen bestätigt werden könne, die selbst wieder gegen dasselbe gesetzliche Verbot verstoßen[296]).

Eine andere Ansicht geht davon aus, daß der Unternehmer gegen Treu und Glauben verstoße, wenn er sich unter Berufung auf die Nichtigkeit weigere, den Lohn zu zahlen, nachdem er seinerseits die Erfüllung des Vertrages entgegengenommen habe[297]).

Nipperdey endlich weist darauf hin, daß nach § 134 BGB nur dann Nichtigkeit eines verbotswidrigen Vertrages eintrete, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergebe. Die gegen Schutzgesetze verstoßenden Verträge seien nur dann und insoweit nichtig, als es im Interesse der zu schützenden Beschäftigten erforderlich sei. Dem Zweck dieser Vorschrift werde aber genügt, wenn solche Verträge nur für die Zukunft nichtig seien, dagegen gültig, soweit es sich um Lohnansprüche für die Vergangenheit handele[298]).

Dagegen werde die Gegenmeinung, die die Beschäftigten auf Bereicherungsansprüche verweise, deren Bedürfnissen nicht gerecht. Sie berücksichtige auch zu wenig, daß ja tatsächlich Arbeit geleistet worden sei. Die Ziele der Arbeiterschutzgesetze sollten außerdem vor allem durch die staatliche Gewerbeaufsicht, durch Zwang und Strafen erreicht werden, nicht aber durch Einwirkungen auf die privatrechtliche Rechtslage[299]).

So wünschenswert freilich die Ergebnisse der von Nipperdey vertretenen Ansicht sind, so zweifelhaft muß es sein, ob sie nach bisherigem Rechte aus dem Vertrage hergeleitet werden konnten[300]).

40.

Die vorliegende Untersuchung geht davon aus, daß es noch keineswegs ohne weiteres feststeht, daß der Verstoß eines Arbeitsvertrages gegen gesetzliches Verbot die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge habe. Für sie fallen deshalb die beiden Fragen, welche Verbote die Nichtigkeit der

---

[295]) Nelken S. 845 ff.

[296]) Sigel S. 42.

[297]) so Staudinger-Nipperdey § 611 Anm. IV, 3 c d; im Ergebnis auch § 52 Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes und Kausen, ArbR 1930 Sp. 676 ff und NZfAR 1931 Sp. 151.

[298]) Nipperdey, RG-Festg. Bd. 4 S. 210/211; Staudinger-Nipperdey, § 611 Anm. IV, 3 c ε; Kausen, ArbGer 1930 Sp. 433 u. ArbR 1930 Sp. 676 u. NZfA 1931 Sp. 151.

[299]) Nipperdey, RGFestg. Bd. 4 S. 211.

[300]) vgl. insbes. Dersch, NZfAR 1931 Sp. 158; Molitor, NZfA 1931 Sp. 112; Volkmar in der Anm. zu RAG ArbRSamml 18 S. 52 (62).

verstoßenden Verträge zur Folge haben und welche Folgen an die nichtigen Arbeitsverträge anknüpfen, in die eine Frage nach den Rechtsfolgen des Verstoßes von Arbeitsverträgen gegen gesetzliche Verbote zusammen.

Diese Frage ist für die einzelnen Fälle von Verboten gesondert zu erörtern. Die Verbotsbestimmungen sind nach der hier vertretenen Auffassung Schranken, die dem Parteiwillen gezogen sind. Sie bringen zum Ausdruck, daß bestimmte Rechtsfolgen vom Gesetz mißbilligt werden und deshalb nicht eintreten sollen[301]). Es muß also zunächst ermittelt werden, wogegen sich die Mißbilligung des Gesetzes bei den einzelnen Verboten richtet und der Eintritt welcher Rechtsfolgen ausgeschlossen sein soll. Das kann dadurch ermittelt werden, daß geprüft wird, welche Rechtsfolgen nicht eintreten dürfen, wenn der Zweck des Verbotes erreicht werden soll, der Eintritt welcher Rechtsfolgen also mit dem Sinn des Verbotes unvereinbar wäre. Wenn auf diese Weise festgestellt worden ist, welche Rechtsfolgen durch das Verbot ausgeschlossen werden, ist weiter zu prüfen, welche Folgerungen daraus für den Fortbestand des Vertrages im übrigen zu ziehen sind.

Die Mißbilligung der Eingehungsverbote richtet sich (anders als bei den Ausgestaltungsverboten) nicht gegen einzelne von den Parteien inhaltlich bestimmte Rechtsfolgen. Die Folgen eines Arbeitsvertrages erschöpfen sich darin aber nicht. Sondern aus der das Arbeitsverhältnis durchdringenden Treupflicht fließen eine Reihe von Folgen unabhängig von einer darauf gerichteten Anordnung der Parteien. Diese in jedem Falle aus der Treupflicht entspringenden Ansprüche sind oben[302]) im einzelnen aufgeführt.

41.

Es ist nun für die einzelnen Verbote zu untersuchen, welche der dort erwähnten Rechtsfolgen auch im Falle verbotswidriger Arbeitsverträge eintreten sollen oder welche von der Verbotsbestimmung mißbilligt werden.

Das soll zunächst für das Verbot der Kinderarbeit geprüft werden.

Die Ansprüche auf Entgelt und ein Zeugnis sowie die Fürsorgepflicht des Unternehmers würden freilich auch hier dem Beschäftigten nur vorteilhaft sein. Ihre Anerkennung in diesen Fällen würde mit der Auffassung des Arbeitsverhältnisses als Treudienstverhältnis nicht im Widerspruch stehen. In dem Verbot liegt deshalb noch keine Mißbilligung *dieser* Rechtsfolgen.

---

[301]) vgl. oben S. 45.
[302]) vgl. S. 34 ff.

Anders ist es mit den übrigen Ansprüchen. Wenn das Gesetz die Kinderarbeit verbietet, so will es die Beschäftigung von Kindern verhindern und es unmöglich machen, daß ein Kind rechtlich zur Leistung solcher verbotener Arbeiten verpflichtet werden kann[303]). Bestände nun auch in einem gegen das Verbot verstoßenden Vertrage eine Gehorsamspflicht des Kindes, wäre es verpflichtet, Arbeit zu leisten und hätte der Unternehmer eine Leitungsbefugnis, so würde gerade das Gegenteil von dem erreicht werden, was mit dem Verbot erstrebt wird. Der Unternehmer könnte das Kind zwingen, Arbeit zu leisten und sich seiner Leitungsbefugnis zu unterwerfen. Jedenfalls die Gehorsamspflicht und die Arbeitspflicht des Kindes sowie die Leitungsbefugnis des Unternehmers sollen also nicht an das verbotene Geschäft anknüpfen.

In diesem Falle ist auch keine inhaltliche Umgestaltung des Vertrages in der Weise möglich, daß anstelle der mißbilligten Rechtsfolgen — sei es durch gesetzliche Bestimmung, sei es durch richterliche Auslegung — andere angemessene gesetzt werden könnten. Wie auch immer das verbotene Geschäft inhaltlich ausgestaltet werden mag, die mißbilligten Rechtsfolgen sollen in keinem Falle eintreten.

Vergleichen wir nun den Fall der verbotenen Kinderarbeit mit den übrigen Verbotsvorschriften der ersten Gruppe[304]), so zeigt sich, daß die zunächst für den Fall der Kinderarbeit angestellten Erwägungen entsprechend auch für diese Verbote zutreffen. Die Mißbilligung des Gesetzes richtet sich auch in diesen Fällen gegen die Arbeits- und Gehorsamspflicht der Beschäftigten und die Leitungsbefugnis des Unternehmers; auch in diesen Fällen ist eine Umgestaltung der verstoßenden Verträge in Richtung auf angemessene Bedingungen nicht möglich.

Nun ist aber das Treudienstverhältnis als eine auf Leistung von Arbeit gerichtete Beziehung bestimmt worden, für die das Bestehen dieser Rechte und Pflichten als Ausfluß einer das gesamte Verhältnis durchdringenden Treupflicht gerade wesentlich ist. Eine Beziehung, in der diese Pflichten nicht gegeben sein sollen, kann dann nicht mehr Treudienstverhältnis sein. Die von den hier behandelten Verboten betroffenen Geschäfte können deshalb keine Treudienstverhältnisse sein. Die Verbote schließen diese Geschäfte aus dem Kreise der Treudienstverhältnisse aus. Dann können daran aber auch keine Rechtsfolgen anknüpfen, die sich nur an Treudienstverhältnisse knüpfen. Die Auffassung des Arbeitsverhältnisses als Treudienstverhältnis kann auf Verhältnisse, die keine Treudienstverhältnisse sind, keinen Einfluß haben.

Deshalb können von der Auffassung des Arbeitsverhältnisses als Treudienstverhältnis her Fragen, die bei Verstößen gegen diese Ver-

---

[303]) vgl. auch Potthoff, ArbR S. 55 zu 2 b und Richter, Arbeitszeit S. 41.
[304]) vgl. die Aufstellung S. 64 f. zu a.

bote auftauchen, nicht gelöst werden. Insbesondere ist es nicht möglich, aus einem gegen ein solches Verbot verstoßenden Geschäft mit Rücksicht darauf irgendwelche Rechtsfolgen abzuleiten, daß Arbeitsverhältnisse als Treudienstverhältnisse aufzufassen sind. Denn ob man Arbeitsverträge so auffassen will oder nicht, die gegen die erwähnten Verbote verstoßenden Verträge sind jedenfalls keine Treudienstverhältnisse.

Will man diese Folgerungen nicht ziehen, so müßte man annehmen, daß hier Arbeitsverträge gegeben seien, die weder eine Arbeitspflicht noch eine Gehorsamspflicht oder ein Leitungsrecht enthielten. Dann würden freilich auch in diesen Fällen die wünschenswerten Rechtsfolgen aus dem Vertrage hergeleitet werden können, dafür wäre aber der Begriff des Arbeitsvertrages völlig entleert. Im übrigen wäre es doch recht bedenklich, solche vom Gesetz ausdrücklich mißbilligten Erscheinungen noch in den Kreis der Arbeitsverträge einzubeziehen[305]).

Danach kann dem verbotswidrig Beschäftigten insbesondere auch kein vertraglicher Lohnanspruch zugebilligt werden. Dieses negative Ergebnis erscheint auch durchaus nicht unbillig. Dem Beschäftigten ist mit der Versagung vertraglicher Ansprüche nicht jeder Anspruch abgeschnitten, sondern ihm bleibt jedenfalls ein Bereicherungsanspruch[306]). Eine Beschränkung auf diesen Anspruch ist nicht unangemessen. Die hier erörterten Eingehungsverbote bezwecken ja nach unserer heutigen Auffassung den Schutz des Beschäftigten nicht in erster Linie in seinem persönlichen Interesse, sondern im Interesse der Volksgemeinschaft[307]). Der Beschäftigte, der solchen Verboten zuwiderhandelt, schadet sich also nicht etwa nur selbst, sondern schädigt die Gemeinschaft. Dann kann er sich auch nicht darüber beklagen, wenn ihm nur ein Bereicherungsanspruch zugestanden wird. Soweit die Beschränkung auf den Bereicherungsanspruch übrigens bisher deshalb als unbefriedigend angesehen wurde, weil die Ansprüche des ohne wirksamen Vertrag Beschäftigten nicht an den Pfändungsbeschränkungen des Lohn- und Gehaltsanspruches teilnahmen, ist dieser Grund infolge der Änderungen des Vollstreckungsrechtes durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die Zwangsvollstreckung vom 24. Oktober 1934 (RGBl. I S. 1070) hinfällig geworden. § 850 b ZPO. beschränkt die Pfändung nicht nur für Arbeitsvergütungen, die auf Grund eines Vertrages gezahlt werden[308]), sondern auch für Arbeitsentgelte anderer Art.

---

[305]) vgl. Richter, SozPrax 1934 Sp. 252; Oertmann, ArbVR S. 104.

[306]) Bisweilen wird auch die Ansicht vertreten, daß in diesen Fällen der Lohnanspruch aus dem tatsächlichen Beschäftigungsverhältnis hergeleitet werden könne; z. B. Potthoff. Arbeitsrecht S. 52 und wohl auch Klotz DAR 1935 S. 229.

[307]) vgl. Siebert, Arbeitsverhältnis S. 97.

[308]) vgl. auch Pohle S. 55.

Siebert[309]) beantwortet die Frage nach der Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses allein aus dem Wesen dieses Verhältnisses als eines personenrechtlichen Gliedschaftsverhältnisses. Ein solches Verhältnis kann nicht eigentlich nichtig sein, sondern nur entweder vorhanden oder nicht vorhanden sein. Das sogen. nichtige Arbeitsverhältnis ist also kein Gemeinschaftsverhältnis sondern ein „Nicht-Arbeitsverhältnis". An ein vorhandenes Gemeinschaftsverhältnis knüpfen sich alle Wirkungen eines Arbeitsverhältnisses, also in allen Fällen auch ein Lohnanspruch. Für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist innerhalb eines bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses kein Raum. Umgekehrt hat das Nicht-Arbeitsverhältnis keinerlei arbeitsrechtliche Wirkungen, also kann daraus in keinem Falle ein Lohnanspruch fließen, sondern es kann allenfalls ein Bereicherungsanspruch gegeben sein.

Ob ein Arbeitsverhältnis oder ein Nicht-Arbeitsverhältnis vorliegt, ergibt sich — da die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des BGB auf das Gemeinschaftsverhältnis keine Anwendung finden sollen — daraus, ob ein Tatbestand gegeben ist, in dem ein Gemeinschafts- oder Gliedschaftsverhältnis wesensmäßig entstehen kann oder nicht. Kann trotz der gesetzlichen Mißbilligung in einem Falle ein Gemeinschaftsverhältnis wesensmäßig entstehen, so genügt es, wenn die Beteiligten durch strafrechtliche oder ehrengerichtliche Folgen zur Auflösung des Verhältnisses veranlaßt werden[310]). Daneben räumt Siebert im Falle des Verstoßes gegen ein den Schutz des Beschäftigten bezweckendes (Eingehungs-) Verbot dem Beschäftigten ein Recht zur einseitigen Lösung des Arbeitsverhältnisses ein[311]).

Von diesen Grundsätzen aus nimmt Siebert in den hier behandelten Fällen der ersten Gruppe an, die Verbote hinderten die Entstehung eines Gemeinschaftsverhältnisses nicht. Er kommt damit zu dem Ergebnis, daß hier ein voll wirksames Arbeitsverhältnis mit allen seinen Folgen, also mit allen aus der Treupflicht entspringenden Wirkungen, einschließlich Gehorsamspflicht, Leitungsrecht und Lohnanspruch vorliege[312]).

Es muß aber zweifelhaft erscheinen, ob diese Auffassung dem Sinn und Zweck der Eingehungsverbote ganz gerecht wird. Es dürfte doch bedenklich sein, das Kind, den jugendlichen Arbeiter oder die Frau der Leitungsbefugnis des Unternehmers zu unterwerfen und ihnen eine Gehorsamspflicht aufzuerlegen. Diese Bedenken können auch durch das von

[309]) vgl. zum folgenden: Siebert Arbeitsverhältnis S. 94, 96, 113; DAR 1936 S. 9 unter V.
[310]) DtArbR 1936 S. 10 unter VII.
[311]) Arbeitsverhältnis S. 96; DtArbR 1936 S. 9 unter VI.
[312]) Arbeitsverhältnis S. 96; DtArbR 1936 S. 10 unter VII.

Siebert gegebene Lösungsrecht nicht beseitigt werden. Abgesehen davon, daß für dieses Recht eine gesetzliche Grundlage nicht erkennbar ist, entspricht es gar nicht dem Wesen der Eingehungsverbote nach neuer Auffassung die Entscheidung über Fortsetzung oder Aufhebung des verbotenen Verhältnisses in die Hand des Beschäftigten zu legen. Die Schutzvorschriften dürfen nicht „rein individualistisch... von dem privaten Schutzinteresse und Schutzbedürfnis des einzelnen Beschäftigten aus" gesehen werden, sondern müssen „aus dem Gedanken der Volksgemeinschaft und des Volkswohles verstanden und ausgelegt" werden[313]). Diesen Grundsätzen entspricht es aber nicht, wenn das Schicksal des gegen das Gesetz verstoßenden Arbeitsverhältnisses davon abhängig gemacht wird, ob der Beschäftigte daran festhalten will oder nicht.

43.

Es ist nun die zweite Gruppe von Verboten daraufhin zu prüfen, wogegen sich die dort ausgesprochene Mißbilligung des Gesetzes richtet. Zu dieser Gruppe gehört zunächst das Verbot, Lehrlinge zu halten für Personen, die sich nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte befinden.

Das Gesetz stellt damit besondere Anforderungen an die Ehrenhaftigkeit derjenigen, denen die Ausbildung des Nachwuchses eines Berufszweiges anvertraut werden soll. Ein Unternehmer, der diesen Anforderungen nicht genügt, soll nicht die Möglichkeit haben, Lehrlinge auszubilden, damit er nicht etwa die ihm anvertrauten Jugendlichen in moralischer oder sittlicher Beziehung ungünstig beeinflußt. Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte ist eine Ehrenminderung des Betroffenen. Sie ist im allgemeinen auf die Teilnahme am Privatrechtsverkehr ohne Einfluß. Wohl aber ist auch dort der Mangel der bürgerlichen Ehrenrechte von Bedeutung, wenn es auf die persönliche Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit des Rechtsgenossen besonders ankommt (vgl. z. B. §§ 1781 Ziffer 4, 2237 Ziffer 2 BGB). Die Bestimmung des § 126 GO ist ein weiterer Ausdruck dieses Gedankens. Dem in seiner Ehre geminderten soll nicht die verantwortungsvolle Aufgabe der Lehrlingsausbildung anvertraut werden. Verlangt aber das Gesetz vom Lehrherrn ausdrücklich den Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte, so mißbilligt es damit, daß ein in seiner Ehre geminderter Lehrherr wird und damit zugleich, daß er an dem zwischen dem Lehrherrn und dem Lehrling zu begründenden Treueverhältnis beteiligt ist. Schließt das Gesetz aber einen der Teilnehmer an einem Vertrage, der, wenn er wirksam wäre, Treuedienstverhältnis wäre, deswegen von der Teilnahme aus, weil er den an seine Ehrenhaftigkeit zu stellenden Anforderungen nicht genügt, so kann

313) Siebert, Arbeitsverhältnis S. 97.

eine Vereinbarung, die dem Verbot zuwider geschlossen wird, jedenfalls kein Treudienstverhältnis sein und die daraus fließenden gegenseitigen Treupflichten nicht begründen.

Dieselben Erwägungen gelten aber auch für die in § 126 a Abs. 1 GO vorgesehenen Fälle, daß dem Lehrherrn die Befugnis zur Anleitung oder zum Halten von Lehrlingen deswegen entzogen worden ist, weil er sich wiederholt grober Pflichtverletzungen gegen die ihm anvertrauten Lehrlinge schuldig gemacht hat oder gegen den Tatsachen vorliegen, die ihn in sittlicher Beziehung zum Halten von Lehrlingen ungeeignet erscheinen lassen.

Sind die verbotswidrigen Lehrverhältnisse aber in diesen Fällen keine Treudienstverhältnisse und können deshalb daraus auch keine gegenseitigen Treupflichten entspringen, so können daran auch im Falle des Verstoßes keine vertraglichen Ansprüche anknüpfen, wie im Einzelnen bereits dargelegt worden ist[314]).

Es muß zugegeben werden, daß diese Lösung, die den Lehrling in diesen Fällen auf Bereicherungsansprüche beschränkt, für ihn recht hart sein kann. Immerhin ist die Ansicht von der Vollnichtigkeit dieser Verträge auch bisher schon im Schrifttum vertreten worden[315]). Es zeigt sich hier, daß die Auffassung des Arbeitsverhältnisses als Treudienstverhältnis in diesen Fällen nicht zu einer völlig befriedigenden Lösung führen kann. Es spricht deshalb vieles dafür, das Lehrverhältnis überhaupt aus dem Arbeitsverhältnis herauszulösen und einer gesonderten Regelung zu unterstellen[316]).

Anders ist es in den Fällen der Beschäftigung von Lehrlingen durch Personen, die wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen zur Anleitung von Lehrlingen ungeeignet sind (§ 126 a Abs. 2 GO) und bei der Lehrlingszüchterei (§ 128 GO). Der Zweck dieser Verbote geht dahin, dem Lehrling eine angemessene und sorgfältige Ausbildung zu gewährleisten und ihn vor Ausbeutung zu schützen[317]). Das Gesetz mißbilligt hier weder einzelne von den Parteien vereinbarte Rechtsfolgen noch die Entstehung der Rechtsfolgen, die an das Arbeitsverhältnis anknüpfen auch ohne daß sie von den Parteien ausdrücklich gewollt sind. Insbesondere kann nicht gesagt werden, daß es dem Zweck der Verbote widerspräche, wenn auch nur für kurze Zeit eine Gehorsamspflicht des Lehrlings und eine Leitungsbefugnis des Lehrherrn bestände. Es ist sehr wohl

---

[314]) vgl. oben S. 72 f.

[315]) vgl. Anm. 286, 287.

[316]) wie das Siebert fordert (Arbeitsverhältnis S. 97 Anm. 1, vgl. auch Siebert, Jugendarbeitsrecht in DR 1936 S. 58 ff).

[317]) vgl. die Begründung zum Gesetz betreffend die Änderung der GO vom 26. Juli 1897 (stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages IV. Session, 1895/97 Drucksache Nr. 713 S. 3786).

denkbar, daß auch ein gebrechlicher Lehrherr oder ein Lehrherr, der eine im Mißverhältnis zur Art oder dem Umfang seines Betriebes stehende Anzahl von Lehrlingen hält, das Lehrverhältnis in einer Weise ausgestaltet, die den Anforderungen der Treupflicht genügt. Das Gesetz stellt auch in den Bestimmungen der §§ 126 a Abs. 2 und 128 GO keine besonderen Anforderungen an die Ehrenhaftigkeit des Lehrherrn, sodaß ein Lehrherr, auf den die Voraussetzungen dieser Vorschriften zutreffen, dadurch nicht unfähig wird, an einem Treudienstverhältnis beteiligt zu sein. Der Mangel körperlicher oder geistiger Kräfte zieht noch keine Minderung der Ehrenhaftigkeit des Betroffenen nach sich, sondern dieser bleibt nach wie vor fähig, Teilnehmer eines gegenseitigen Treuverhältnisses zu sein. Dasselbe gilt für den Fall der Lehrlingszüchterei. Danach führt keiner der bisher aufgeführten Gründe zur Vollnichtigkeit der verbotswidrigen Verträge der hier behandelten Art. Es ist auch sonst kein Grund ersichtlich, der die Vernichtung dieser Verträge erfordern sollte.

Die Vollnichtigkeit ist in diesen Fällen umso weniger geboten, als das Ziel dieser Verbote auch auf anderem Wege (z. B. durch Zwangsstrafen) erreicht werden kann[318]). Nun besteht aber ein zwingendes Bedürfnis, die verbotswidrigen Geschäfte zu vernichten nur da, wo es im Interesse der Erreichung des Verbotszweckes erforderlich ist. Dagegen erscheint es nicht nötig, auch die Wirksamkeit der Geschäfte anzutasten, deren verbotswidrige Folgen auch auf andere Weise mit demselben Erfolg unschädlich gemacht werden können. Kommt aber bei den Verboten der hier zuletzt behandelten Art trotz des Verstoßes ein wirksamer Vertrag zustande, und richtet sich das Verbot auch gegen keine der einzelnen daraus entspringenden Rechtsfolgen, so bleiben die privatrechtlichen Wirkungen dieser Verträge unberührt.

Im letzten Falle dieser Gruppe, der Beschäftigung arischer Hausangestellter in jüdischen Haushalten[319]), treffen wieder die Erwägungen zu, die für die erste Gruppe angestellt worden sind. Auch in diesen Fällen

---

[318]) Hier kann nicht eingewendet werden, daß das doch auch für die Fälle der §§ 126, 126 a Abs. 1 GO gelten würde; denn das Interesse des Gesetzes zu verhindern, daß ein Unternehmer, dem die bürgerlichen Ehrenrechte entzogen worden sind, oder dessen Ungeeignetheit nach § 126 a Abs. 1 GO feststeht, Lehrlinge beschäftigt, ist offenbar viel größer und dringlicher, als das Interesse an der Verhinderung der Beschäftigung von Lehrlingen entgegen den Vorschriften der §§ 126 a Abs. 2, 128 GO. In diesen (letzten) Fällen besteht im allgemeinen nicht die Gefahr, daß der Lehrherr den Lehrling in der Zeit bis die Zwangsstrafe ihre Wirkung übt, bereits beruflich oder sittlich geschädigt hat, wohl aber besteht diese Gefahr in jenen (ersten) Fällen. Die verschiedene Behandlung beider Fälle ist deshalb innerlich durchaus gerechtfertigt.

[319]) über die Beurteilung des Vertragsverhältnisses der Hausangestellten vgl. Anm. 262.

soll weder eine Gehorsamspflicht der Hausangestellten noch eine Leitungsbefugnis des Haushaltungsvorstandes gegeben sein. Die Folge muß auch hier Vollnichtigkeit des verbotswidrigen Vertrages sein[320]), sodaß die Angestellte auf Bereicherungsansprüche angewiesen ist. Auch in diesen Fällen wird man die Beschränkung auf diesen Anspruch nicht als unbillig ansehen können[321]).

44.

Es bleibt die Gruppe von Verboten zu erörtern, die nicht in erster Linie dem Schutz der betroffenen Beschäftigten, sondern anderen Zwecken dienen.

Ihnen ist gemeinsam, daß die Verbote ihren Grund in Umständen haben, die für die Beziehung der am Arbeitsverhältnis Beteiligten nicht wesentlich sind. Während die Verbote der ersten Gruppe ihren Grund darin finden, daß bestimmte Gruppen von Personen nicht als Beschäftigte dem Leitungrecht des Unternehmers unterworfen, nicht in eine Treupflicht hineingezwungen werden sollen, während die der zweiten Gruppe darauf beruhen, daß gegen die Persönlichkeit des Unternehmers Bedenken bestehen, die ihn als Teilnehmer an einem Treudienstverhältnis ungeeignet erscheinen lassen, sind die Verbote der letzten Gruppe auf Umstände zurückzuführen, die für die Eigenschaft der Beteiligten, Glied eines Treuverhältnisses zu sein, völlig unwesentlich sind. Es ist für das Treuverhältnis erheblich, ob ein Beteiligter ein Kind ist, das einem solchen Verhältnis nicht unterworfen werden soll oder ein Lehrherr, dem die Ehrenrechte entzogen sind und der deshalb nicht ein Treueverhältnis mit einem Lehrling soll eingehen können, es kann aber auf die Treuebeziehung unter den Parteien keinen Einfluß haben, ob der eine Teil Ausländer, Beamter oder Fachfremder ist. Dasselbe gilt für die übrigen Umstände, an die die Verbote dieser Gruppe anknüpfen[322]). Diese Eigenschaften mögen in anderer Richtung rechtlich von Bedeutung sein, auf das Treuverhältnis wirken sie nicht ein.

Daraus folgt, daß das Fehlen oder Vorliegen dieser Eigenschaften für die Frage der Gültigkeit des verbotswidrig abgeschlossenen Arbeitsvertrages keine Bedeutung haben kann, sondern daß die verbotswidrigen Verträge privatrechtlich vollgültig sind.

Das erscheint auch schon deshalb unbedenklich, weil die Durchsetzung dieser Verbote auf andere Weise (z. B. Gewerbeaufsicht, Strafen, Disziplinarverfahren) hinreichend gesichert ist[323]).

---

320) so auch Siebert DAR 1936 S. 10.
321) vgl. S. 73.
322) über eine Ausnahme s. sogleich unten S. 79.
323) vgl. auch Anm. 318.

Doch ist hier eine Einschränkung zu machen. Die verbotenen Verträge können dann nicht wirksam sein, wenn das Verbot beide Vertragsteile mit Strafe bedroht. Wenn das Gesetz ein Verbot mit einer doppelseitigen Strafdrohung sichert, so kommt darin eine besonders nachdrückliche Mißbilligung des verbotswidrigen Geschäftes zum Ausdruck[324]). Ein Verhältnis, dessen Eingehung für beide Teile mit Strafe bedroht ist, kann nicht gleichzeitig als Treudienstverhältnis anerkannt werden. Der verstoßende Vertrag ist deshalb kein Treudienstverhältnis und zieht keine der Folgen nach sich, die sich an ein solches Verhältnis knüpfen würden, sondern er ist vollnichtig. Der Gedanke einer gegenseitigen Treubindung würde mißbraucht, wenn man ihn auf ein solches Verhältnis anwenden wollte. Es erscheint auch durchaus gerechtfertigt, den Beteiligten dann vertragliche Ansprüche zu versagen, wenn sie einem solchen Verbot zuwiderhandeln. Das Recht hat keinen Anlaß, diejenigen zu schützen, die sich über eine derartig nachdrücklich ausgesprochen gesetzliche Mißbilligung hinwegsetzen[325]).

Zu demselben Ergebnis führt auch folgende Erwägung: Wenn die Verbotsbestimmungen der Ausdruck dafür sind, daß das Gesetz bestimmte Rechtsfolgen mißbilligt, so richtet sich die Mißbilligung in den Fällen der doppelseitigen Strafdrohung dagegen, daß die Beteiligten derartige Verträge überhaupt abschließen. Die Eingehung solcher Verträge soll verhindert werden. Das bedeutet aber nichts anderes, als daß die Eingehung einer gegenseitigen *Bindung* mißbilligt und abgelehnt wird. Jedenfalls die Bindung als solche muß also nichtig sein, d. h. ohne rechtliche Wirkung bleiben.

Die gegenseitige Bindung gehört aber gerade zu den begriffsbestimmenden Merkmalen des Vertrages. Ein Verhältnis, in dem sie fehlt, kann nicht Vertrag sein. Es kommt deshalb garnicht darauf an, ob das Arbeitsverhältnis als Treudienstverhältnis aufgefaßt wird oder nicht. Denn auch das Treudienstverhältnis wäre ja ein vertragliches und kann deshalb nur da gegeben sein, wo eine gegenseitige Bindung vorhanden ist. Die Besonderheit der Auffassung des Arbeitsvertrages als Treudienstverhältnis liegt darin, daß das Arbeitsverhältnis einen neuen Inhalt bekommen hat. Die neue Ansicht betrifft also die Frage der inhaltlichen Gestaltung. Sie kann deshalb auf *die* Fälle keinen Einfluß haben, in denen ein Vertrag, dessen Inhalt nach Maßgabe der Treupflicht zu gestalten wäre, garnicht vorhanden ist.

Von den in dieser Gruppe aufgeführten Verboten gehört hierher nur

---

[324]) RG 100 S. 39 (40) und S. 238 (239); RGRK. § 134 Anm. 2.

[325]) vgl. Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 104; Richter, SozPrax 1934 Sp. 252.

das Verbot der Beschäftigung von Angestellten entgegen einer Anordnung des Präsidenten der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung in den Fällen des Gesetzes zur Regelung des Arbeitseinsatzes vom 15. Mai 1934 (RGBl. I S. 381).

Die Folge eines Verstoßes gegen dieses Verbots muß danach die Vollnichtigkeit sein. Ob dem verbotswidrig Beschäftigten ein Bereicherungsanspruch zuzubilligen ist, hängt — soweit dieser Anspruch nicht schon nach § 814 BGB zu versagen ist — davon ab, ob man § 817 S. 2 BGB auch auf Ansprüche aus § 812 BGB für anwendbar hält[326]) oder nicht[327]).

Teil 3: Arbeitsverträge, die gegen § 138 BGB verstoßen

45.

Die Bestimmung des § 138 BGB enthält zwei Fälle der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften: das sittenwidrige und das wucherische Geschäft. Doch ergibt schon der Wortlaut, daß die Vorschrift des Abs. 2 nur ein Sonderfall des Abs. 1 ist[328]). Es erscheint also zulässig, hier beide Fälle gemeinsam zu behandeln.

Die Fälle, in denen ein Arbeitsvertrag gegen die guten Sitten verstoßen kann, lassen sich in drei Gruppen einteilen, die möglicherweise eine verschiedene rechtliche Beurteilung erfordern könnten.

1. Verträge, die auf Vornahme einer gegen die guten Sitten verstoßenden Tätigkeit gerichtet sind[329]). Hierher gehört z. B. der Vertrag der Animiermamsell in der Großstadtkneipe[330]). Die von Lotmar Bd. I S. 115 aufgeführten Beispiele beziehen sich z. T. nicht auf Arbeitsverträge in dem hier verstandenen Sinne (Begutachtung, Anpreisung oder Herabsetzung fremder Leistungen usw.), zum Teil handelt es sich wohl überhaupt nicht um sittenwidrige Tätigkeiten (Claqueur, Privatdetektiv)[331]). Auch beim Lockspitzel, dessen Tätigkeit Lotmar für moralwidrig hält, dürfte es nach heutiger Auffassung zweifelhaft sein, ob es sich um eine sittenwidrige Tätigkeit handelt. Wir bewerten das Interesse der Allgemeinheit an der Überführung von Verbrechern höher als das Interesse des Verbrechers, unentdeckt zu bleiben.

---

326) h. M. RG 63 S. 346 (354), 151 S. 70 f.

327) Staudinger-Engelmann § 817 Anm. 2 d δ; und (unter Aufgabe der bisher vertretenen Ansicht) RGRKomm. 8. Aufl. § 817 S. 2 Anm. 2.

328) RGRK. § 138 Anm. 2 S. 224.

329) Hueck-Nipperdey I S. 148; Lotmar I S. 115.

330) Beispiel von Hueck bei Hueck-Nipperdey I S. 148.

331) übrigens hat Lotmar in diesen Fällen selbst Zweifel (Bd. I S. 115 ff).

2. Verträge, die auf eine an sich zulässige Tätigkeit gerichtet sind, deren Vornahme gegen Entgelt aber sittenwidrig ist. Hierunter würden etwa Verträge fallen, in denen es jemand übernimmt, einen andern dahin zu beeinflussen, die Religion zu wechseln oder eine bestimmte Person zu heiraten oder nicht zu heiraten. Claqueur und Privatdetektiv[332]), dürften auch hier nicht hergehören.

3. Verträge, deren inhaltliche Ausgestaltung gegen die guten Sitten verstößt[333]). Ein besonderer Fall sittenwidriger Ausgestaltung des Vertrages ist der Fall, daß der Inhalt der Entgeltvereinbarung den Vertrag sittenwidrig macht[334]).

Ein Arbeitsvertrag wird vor allem dann wegen der Entgeltvereinbarung sittenwidrig erscheinen, wenn das Entgelt ungewöhnlich niedrig ist (oder in Ausnahmefällen auch ungewöhnlich hoch, der Beschäftigte beutet den Unternehmer aus, z. B. Stargagen). Freilich wird ein ungewöhnlich niedriger Lohn für sich allein noch nicht genügen, den Vertrag sittenwidrig erscheinen zu lassen[335]). Sondern es werden noch andere Umstände hinzukommen müssen, etwa die Tatsache, daß der Unternehmer bewußt die Notlage eines Beschäftigten ausnutzt oder ähnliches. In diesen Fällen ist aber immer der Tatbestand des Wuchers gegeben, der ja nicht mehr als die bewußte Ausnutzung einer Notlage des anderen Teils, insbesondere weder eine besondere Absicht, den anderen zu schädigen, noch auch Arglist erfordert[336]). So ist die Vereinbarung eines sittenwidrig niedrigen Lohnes immer zugleich wucherisch[337]). Dann kommt aber allein die Vorschrift des § 138 Abs. 2 BGB zum Zuge[338]). Der wucherische Vertrag ist also nur ein besonderer Fall eines Arbeitsvertrages, dessen inhaltliche Ausgestaltung gegen die guten Sitten verstößt.

---

[332]) die Lotmar wenigstens hierher rechnen will (Bd. I S. 176 unter 3).

[333]) Lotmar I. S. 170 unter XII; Hueck-Nipperdey I. S. 146 unter 5.

[334]) Freilich ergibt sich die Sittenwidrigkeit auch in diesen Fällen erst aus dem Gesamtinhalt des Vertrages. Unter Berücksichtigung dieses Gesamtinhaltes ist aber nicht der ganze Vertrag sondern nur ein Teil sittenwidrig. Über die Möglichkeit solcher teilweisen Sittenwidrigkeit vgl. Oertmann § 138 Anm. B 3a S. 497; Staudinger-Riezler § 139 Anm. 2b. Vgl. ferner unten S. 91 f.

[335]) vgl. Oertmann DJZ 1913 Spalte 255; RGRK. § 138 Anm. 2 S. 224; RAG ArbRSammlg 17 S. 456 (458, 461) und Hueck in der Anm. a. a. O. S. 461.

[336]) RGRK. § 138 Anm. 2 S. 225; von Tuhr II 2 S. 41 zu Anm. 121.

[337]) vgl. Bovensiepen ArbR 1922 Spalte 339; Oertmann § 612 Anm. 2 β, ArbVertrR S. 105 und DJZ 1913 Spalte 255 unter 3a.

[338]) RG 72 S. 61 (69).

Erster Abschnitt:

Die Rechtsfolgen der gegen § 138 BGB verstoßenden Verträge nach bisheriger Auffassung.

46.

Hier soll zunächst eine Übersicht darüber gegeben werden, wie die Rechtsfolgen derartiger Verträge bisher beurteilt worden sind.

Bei den Verträgen, bei denen die versprochene Tätigkeit selbst gegen die guten Sitten verstößt, geht man davon aus, daß von der Nichtigkeit unmittelbar nur die Verpflichtung betroffen wird, die sittenwidrige Tätigkeit vorzunehmen. Diese Verpflichtung ist nur ein Teilstück des Vertrages. Nun sind aber die Verpflichtungen, Arbeit zu leisten und Entgelt zu zahlen, die beiden Pflichten, die das Wesen des Arbeitsvertrages ausmachen. Die Zahlung des Entgelts erfolgt nur mit Rücksicht auf die Arbeitsleistung und umgekehrt. Man hat deshalb diese Pflichten geradezu als wesentliche Bestandteile derartiger Verträge bezeichnet[339]). Diese enge Beziehung zwischen Leistung und Entgelt — die übrigens allen gegenseitigen Verträgen eigentümlich ist — macht es unmöglich, beim Wegfall eines dieser Bestandteile des Vertrages den anderen fortbestehen zu lassen[340]). Es ist wohl nur eine andere Umschreibung desselben Gedankens, wenn andere die Vollnichtigkeit damit begründen, das Wesen des synallagmatischen Vertrages erfordere begrifflich die Gültigkeit der beiderseitigen Hauptpflichten aus dem Vertrage, das seien aber die Verpflichtungen zur Zahlung des Entgelts und zur Gewährung der vereinbarten Leistung. Die eine Verpflichtung sei ohne die andere nicht denkbar, die Nichtigkeit der einen habe deshalb notwendigerweise auch die der anderen zur Folge[341]).

Andere wollen § 139 BGB heranziehen[342]). Doch ist ihnen — wohl mit Recht — entgegen gehalten worden, daß es sich weder bei dem Leistungsversprechen noch bei dem Entgeltversprechen um „Teile" des Arbeitsvertrages im Sinne des § 139 BGB handle und daß deshalb

---

[339]) Planck-Flad § 139 Anm. 1; André Festgaben für Enneccerus S. 8; RG 78 S. 115 (120) und in JW 1910 S. 5 Nr. 5; im Ergebnis auch Oertmann DJZ 1913 Sp. 257 ff.

[340]) vgl. die in d. vorigen Anm. aufgeführten.

[341]) so Oertmann § 139 Anm. 2 e σ; Titze S. 632 Anm. 2 und Mißverständnis S. 437; Bovensiepen ArbR 1922 Sp. 199 ff.

[342]) so Lotmar I S. 110; Hausmeister Holtheims Z 19 S. 287 ff.; LAG Altona ArbRSammlg 18 S. 52 (54); auch Oertmann DJZ 1913 Sp. 258 hält das für möglich, was freilich mit Oertmann § 139 Anm. 2 e σ nicht vereinbar sein dürfte. Eine noch weitergehende Teilung nimmt Herzog an. Vgl. darüber unten S. 88 f.

diese Vorschrift nicht anwendbar sei[343]). Jedenfalls ergibt sich, daß in derartigen Fällen nicht nur die sittenwürdige Abrede, sondern der ganze Vertrag nichtig ist.

In den Fällen der zweiten Gruppe ist die Vollnichtigkeit noch zwingender als bei der ersten. Denn in diesen Fällen wird gerade die Verbindung von Arbeitsleistung mit der Entgeltzahlung von der Moral mißbilligt. Die Folge muß naturgemäß die volle Nichtigkeit der Vereinbarung sein[344]).

In den Fällen der ersten beiden Gruppen werden auch bisher irgendwelche Ansprüche — auch außervertraglicher Art — nicht gegeben, weil die sittenwidrige Tätigkeit keine wie auch immer gearteten Entschädigungs- oder Ausgleichungsansprüche nach sich ziehen soll (vgl. § 817 BGB).

47.

In den Fällen, in denen die inhaltliche Ausgestaltung der Verträge sittenwidrig ist, gibt es zwei Möglichkeiten: entweder ergreift die Sittenwidrigkeit den ganzen Vertrag oder sie ergreift nur einen Teil[345]). Wann das eine oder das andere der Fall ist, kann jeweils nur an Hand des einzelnen Falles entschieden werden[346]) [347]) [348]).

In den Fällen dieser Gruppe, in denen die Sittenwidrigkeit den ganzen Vertrag ergreift, ist nach der bisher überwiegenden Ansicht für vertragliche Ansprüche kein Raum. Da der Vertrag als vollständig nichtig

---

[343]) gegen die Anwendbarkeit des § 139 BGB insbes. Titze S. 632 Anm. 2; RG LZ 1914 Sp. 578 Nr. 7; vgl. auch die Anm. 339 aufgeführten.

[344]) Lotmar I S. 176 unter 3.

[345]) vgl. Anm. 334 u. S. 91 f.

[346]) Nichtigkeit nur der einzelnen Abrede ist z. B. angenommen worden bei: Übernahme der Haftung für die Zahlungsfähigkeit von Kunden durch einen Reisenden (KfmG München, GKG 22 Sp. 125); Übernahme der Haftung für Verluste in einem Warenlager (KfmG München GKG 21 Sp. 119; ähnlich RAG in ArbRSammlg 10 S. 159; Vereinbarungen einer Gehaltserhöhung, um die Kündigung eines Angestellten zu verhüten (RG in JW 1916 S. 1185); Vereinbarung einer unsittlich hohen Strafklausel (RG 90 S. 183).

[347]) Vereinbarungen, die Gehaltskürzungen für den Fall der Kündigung enthalten, will Titze zerlegen in eine negative Abrede: Es soll eine Ermäßigung des Gehalts eintreten, und in eine positive das Gehalt soll künftig geschuldet werden, nur die positive Abrede sei nichtig, die negative sei gültig (Titze S. 635 ff).

[348]) Dagegen ist Vollnichtigkeit des ganzen Vertrages z. B. in folgenden Fällen angenommen worden: Übernahme der Haftung für Ausfälle durch einen Reisenden (KfmG Berlin GKG 20 Sp. 332) — doch dürfte das Gericht hier Vollnichtigkeit nicht deshalb angenommen haben, weil der ganze Vertrag sittenwidrig war, sondern weil ihn die Parteien nicht ohne die nichtige Bestimmung abgeschlossen haben würden —. Vereinbarung, die die Kündigung stark erschwert (RAG ArbRSammlg 8 S. 163 ff).

angesehen wird, für die Zukunft aber nur vertragliche Ansprüche in Frage kommen könnten, steht zunächst fest, daß der Beschäftigte für die künftige Zeit keine Ansprüche haben kann.

Was die Ansprüche für die Zeit anlangt, in der tatsächlich Arbeit geleistet worden ist, so befaßt sich das Schrifttum vor allem mit den Wirkungen der Nichtigkeit auf den Entgeltanspruch. Im Vordergrunde des Interesses stehen dabei die Fälle der Vereinbarung eines Hungerlohnes.

Die meisten wollen dem Beschäftigten für diese Zeit einen Entschädigungsanspruch gewähren, über dessen Grundlage wieder Streit herrscht. Zunächst wird § 826 BGB herangezogen[349]). Die Voraussetzungen dieser Bestimmung brauchen aber in den hier in Rede stehenden Fällen nicht immer gegeben zu sein, weil dazu objektiv eine Schadenszufügung, außerdem subjektiv das Bewußtsein, Schaden zuzufügen, erforderlich ist. Beide Voraussetzungen sind aber weder im Falle des § 138 Abs. 1 BGB noch des Abs. 2 notwendig gegeben[350]). Im übrigen wird auch in Fällen wucherischer Vereinbarungen meist schon eine Schädigung des Beschäftigten fehlen, weil ja gerade der Abschluß zu dem niedrigen Lohn zeigt, daß der Beschäftigte eine Tätigkeit bei auskömmlichem Lohne nicht hat finden können[351]). In den Fällen sittenwidriger Beschränkung der Bewegungsfreiheit mag freilich häufiger ein Verstoß gegen § 826 BGB vorliegen[352]). Der Nachweis des Schadens wird aber auch in diesen Fällen nicht immer leicht zu erbringen sein[353]) auch wenn man daran nicht allzu strenge Anforderungen stellen will[354]).

Wo der Beschäftigte ohne sein Verschulden bei Vertragsschluß die Nichtigkeit der Vereinbarung nicht erkannte, während sie der Unternehmer kannte, wird dem Beschäftigten ein Anspruch auf das Vertrauensinteresse aus §§ 307, 309 BGB zugestanden[355]). Doch besteht auch hier für den Beschäftigten die Schwierigkeit, nachzuweisen, daß er einen anderen Dienstvertrag zu angemessenen Bedingungen hätte abschließen können, wenn er den sittenwidrigen nicht abgeschlossen hätte.

Auch aus dem Gesichtspunkt des Aufwendungsersatzes aus auftragloser Geschäftsführung (§ 683 BGB) wird ein Ersatzanspruch abgeleitet. Die Vorstellung der Beteiligten, es bestehe ein Arbeitsverhältnis schließt — nach einer mehrfach vertretenen Ansicht — nicht aus, daß

---

[349]) so von Staub-Bondi § 59 Anm. 33; Oertmann DJZ 1913 S. 256.
[350]) RGR-Komm. § 128 Anm. 2 S. 225, 2. Abs.
[351]) ähnlich auch Oertmann DJZ 13, 255.
[352]) vgl. Staudinger-Nipperdey § 611 Anm. IV, 3 c γ.
[353]) vgl. Staudinger-Nipperdey a. a. O.
[354]) Oertmann DJZ 1913 Sp. 258.
[355]) Staudinger-Nipperdey § 611 Anm. IV 3 c β.

auftragslose Geschäftsführung vorliegt[356]). Nach dieser Ansicht ist nur erforderlich, daß die Tätigkeit geleistet wird, ohne daß ein Vertrag vorliegt, während es darauf, ob sich die Parteien vorgestellt haben, es liege doch ein Vertrag vor, nicht ankommt[357]). Als auftragloser Geschäftsführer hat aber der Beschäftigte einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen. Hierunter fällt auch die Aufwendung von Arbeitskraft im Dienste des Unternehmers[358]). Zwar fällt eine vom Geschäftsführer vorgenommene eigene Tätigkeit grundsätzlich nicht unter den Begriff der Aufwendungen, doch wird allgemein angenommen, daß sie *dann* als Aufwendung anzusehen ist, wenn es sich um eine Tätigkeit handelt, die der Geschäftsführer berufsmäßig ausübt und wenn er infolge der Geschäftsführung eine andere Erwerbsmöglichkeit hat aufopfern müssen[359]).

Schließlich gewährt man dem Beschäftigten Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung[360]). Freilich beschränkt sich dieser Anspruch günstigstenfalls auf den üblichen Lohn. Er setzt voraus, daß das Arbeitsergebnis für den Unternehmer nützlich gewesen ist. Ist es dagegen — selbst ohne Verschulden des Beschäftigten — schlecht ausgefallen oder hat es aus einem anderen Grunde für den Unternehmer keinen Wert, so steht dem Beschäftigten auch der Bereicherungsanspruch nur zum Teil, möglicherweise überhaupt nicht zu[361]).

48.

Die offenbare Unbilligkeit, die darin liegt, daß der auf den Bereicherungsanspruch verwiesene Beschäftigte möglicherweise nur einen Teil des üblichen Lohnes, unter Umständen gar nichts bekommt, hat zu verschiedenen anderen Lösungsversuchen geführt. Die einen haben darauf hingewiesen, daß der Unternehmer gegen Treu und Glauben verstoße, wenn er, nachdem er die Leistung des Beschäftigten entgegen genommen habe, sich der Lohnforderung gegenüber auf die Nichtigkeit des Vertrages berufe. Der Unternehmer müsse deshalb mindestens den ver-

---

356) Oertmann DJZ 1913 Sp. 258; Enneccerus-Lehmann § 162 und in Anm. 7; RG 98 S. 131 (134), vgl. auch RG 90 S. 215 unter 2. a. M. freilich RGR-Komm. § 677 Anm. 2, § 686 Anm. 2); Staudinger-Engelmann § 686 Anm. 2 a. E.

357) vgl. Oertmann und Enneccerus-Lehmann a. a. O.

358) Oertmann DJZ 1913 Sp. 258.

359) Enneccerus-Lehmann § 164 Anm. 1 S. 544.

360) Staub-Bondi § 59 Anm. 33; Titze S. 632; Oertmann DJZ 1913 Sp. 258; Hueck JherJ 74 S. 381 u. bei Molitor-Hueck-Riezler S. 149; Hausmeister HoldZ 19 S. 289 — freilich nur für den Fall, daß der Beschäftigte *nicht* nachweisen kann, daß der Vertrag auch ohne die nichtige Vereinbarung abgeschlossen worden wäre —; RAG ArbRSammlg 8 S. 163 (171).

361) vgl. die in d. vorigen Anm. angeführten.

einbarten Lohn zahlen[362]). Es handelt sich hierbei um denselben Gedanken, den Riezler[363]) dahin ausgesprochen hat, es bestehe ein allgemeiner Rechtsgedanke: „Wer eine nicht rückgängig zu machende Leistung des Gegenkontrahenten entgegennimmt, hat damit das Recht verwirkt, sich auf die Ungültigkeit des Vertrages zu berufen; er hat den Vertrag selbst als gültig behandelt und es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er sich zu diesem seinem eigenen Tun zum Nachteil des Gegenkontrahenten in Widerspruch setzen wollte"[364]).

Hausmeister[365]) will § 139 BGB anwenden und nur für den Fall, daß der Beschäftigte nachweist, daß der Vertrag auch ohne die nichtige Vereinbarung geschlossen worden wäre, vertragliche Ansprüche gewähren. Abgesehen davon, daß dieser Nachweis wohl kaum jemals zu führen sein dürfte, ist aber hier § 139 BGB gar nicht anwendbar[366]).

Nach Bovensiepen hat der Beschäftigte aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung einen Anspruch auf den ortsüblichen und angemessenen Lohn[367]).

Andere nehmen an, allein die Lohnvereinbarung sei nichtig, im übrigen bleibe der Vertrag bestehen, sodaß § 612 BGB Anwendung finden könne und anstelle des vereinbarten Hungerlohns die übliche Vergütung geschuldet werde[368]). Zu demselben Ergebnis kommen diejenigen, die in § 612 BGB den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens „Jede gewerbliche Betätigung ist ihres Lohnes wert"[369]) erblicken, der auch dann zum Zuge komme, wenn der Arbeitsvertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist[370]). Im Schrifttum ist demgegenüber betont worden,

---

[362]) Hueck-Nipperdey I § 30 Anm. 21 S. 149; vgl. auch Staudinger-Nipperdey § 611 Anm. IV 3 c d, der freilich für die Fälle des Hungerlohnes und der Einschränkung der Bewegungsfreiheit nur Teilnichtigkeit annimmt (vgl. unten S. 87).

[363]) Freilich ausdrücklich nur für den Fall des Minderjährigen, der ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters handelt und des geschäftsunfähigen Beschäftigten; ähnlich für den Fall des wegen Formmangels nichtigen Vertrages.

[364]) Riezler, Venire S. 137; vgl. auch Rundstein (S. 126) ArchBürgR 43 S. 344 ff u. Walsmann, Verzicht S. 210; Nipperdey Beiträge zum TarR S. 51 f; vgl. auch den Rechtsgedanken des „estoppel" im englischen Recht (Fassung dieses Rechtsgedankens bei Siebert, Verwirkung S. 50; s. auch Riezler, Venire S. 55 ff).

[365]) HoldhZ 19 S. 289.

[366]) vgl. oben S. 82 f.; gegen Hausmeister auch Titze S. 632 Anm. 2.

[367]) ArbR 1922 Sp. 199 ff, 339; freilich beruft er sich dafür wohl zu Unrecht auf Oertmann DJZ 1913 Sp. 254 ff; vgl. auch KfmG Berlin in ArbRechtEntsch. Bln. II 1927 Nr. 213.

[368]) so Jacobsohn JherJ 56 S. 387. Gegen ihn Oertmann vgl. Anm. 371.

[369]) Marcus Recht 1907 Sp. 115, der diesen Grundsatz aus § 354 Abs. 1 HGB entnimmt.

[370]) auch das will wohl Jacobsohn a. a. O. annehmen. Vgl. ferner RAG ArbRSammlg 13 S. 567, 14 S. 169, freilich für Verstöße gegen § 134 BGB.

§ 612 BGB regle nur den Fall des lückenhaften Arbeitsvertrages, während es sich in den hier vorliegenden Fällen um nichtige Arbeitsverträge handele, sodaß diese Vorschrift nicht eingreifen könne[371]). Ein ähnlicher Gedankengang liegt wohl auch verschiedenen Entscheidungen zugrunde, in denen dem Beschäftigten an Stelle des nichtigen der angemessene Lohn zugesprochen worden ist mit der Begründung, der Arbeitsvertrag sei zwar wegen Wuchers nichtig, der Beschäftigte könne aber in einem solchen Falle „nach allgemeinen Grundsätzen" den angemessenen Lohn fordern[372]).

49.

Viel weiter geht Nipperdey. Er nimmt an, daß in gewissen Fällen des Verstoßes gegen § 138 BGB „so bei Hungerlohn und bei übermäßiger Einschränkung der Bewegungsfreiheit" der Arbeitsvertrag überhaupt nicht vollständig nichtig werde. Vielmehr sei er nur insoweit unwirksam, als er gegen die guten Sitten verstoße. Im übrigen sei er aufrecht zu erhalten. An Stelle der nichtigen träten angemessene Bedingungen[373]). Zur Begründung verweist Nipperdey auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts bei Höchstpreisüberschreitungen. Dort habe es den Grundsatz ausgesprochen, daß nur die gesetzwidrige Preisvereinbarung selbst nichtig sei, der Vertrag im übrigen dagegen aufrecht zu erhalten und der überhöhte Preis auf das angemessene Maß herabzusetzen sei[374]). Einen entsprechenden Gedanken wollte Nipperdey auch in einem Falle anwenden, wo das Reichsgericht einen Bierlieferungsvertrag, der keine zeitliche Begrenzung enthielt, wegen Sittenwidrigkeit für nichtig erklärt hatte. Nipperdey hat dort die Ansicht vertreten, es bestehe kein Anlaß, den ganzen Vertrag für nichtig zu erklären, wenn daraus nur Rechte für einen Zeitraum hergeleitet würden für den die Bindung nicht übermäßig sei. Der Vertrag sei vielmehr nur insoweit nichtig als die übermäßige Bindung gegen die guten Sitten verstoße[375]). Wende man die in diesen Fällen zum Ausdruck gekommenen Gedanken auf den wucherischen oder sittenwidrigen Arbeitsvertrag an, so werde allein die Lohnvereinbarung nichtig. Die Lücke des Vertrages werde durch § 612 BGB ausgefüllt, sodaß der Beschäftigte den üblichen Lohn fordern könne und — soweit

---

371) gegen Jacobsohn insbes. Oertmann DJZ 1913 Sp. 254 ff; vgl. auch S. 56, wo dieselbe Frage für § 134 BGB behandelt wird.

372) so insbes. KfmG Bln. in ArbRechtlEntsch. Bln. I Nr. 821 u. II Nr. 214.

373) Staudinger-Nipperdey § 611 Anm. IV 3 b u. in dem — freilich nicht unter § 138 BGB, sondern unter § 134 gehörenden — Falle der Unterschreitung eines Mindestlohnes, Oertmann ArbVertrR S. 102 ff; ferner anscheinend auch LAG Bln, Ruben Rspr LAG Bln Nr. 679.

374) Staudinger-Riezler § 134 Anm. 11 A e; Oertmann JW 1927 S. 257; RG 88 S. 250 (252 ff).

375) Nipperdey in der Anm. zu RG in JW 1927 S. 119 Nr. 20 unter 2.

ein üblicher Lohn fehle — nach §§ 315, 316 BGB den angemessenen Lohn[376]).

Nipperdey beruft sich zur Begründung auf Ausführungen von Hueck[377]), freilich mit dem Bemerken, das Ergebnis von Hueck sei „weniger weitgehend". Die Ansicht von Hueck dürfte aber schwerlich mit der von Nipperdey vertretenen zu vereinbaren sein[378]). Hueck geht grundsätzlich davon aus, daß der Beschäftigte beim nichtigen Arbeitsvertrage auf Bereicherungsansprüche beschränkt sei[379]). Nur im Falle des Bestehens eines Tarifvertrages nimmt Hueck an, auf den nichtigen Arbeitsvertrag sei zunächst der Tarifvertrag zur Anwendung zu bringen. Damit träten dann an die Stelle der nichtigen vertraglichen Vereinbarungen die Bestimmungen des Tarifvertrages. Der Arbeitnehmer hätte dann den Anspruch auf den Tariflohn[380]).

Die von Nipperdey gegebene Begründung fußt allein auf der Tatsache, daß eine weitergehende Nichtigkeit mit dem Zwecke der Nichtigkeitsbestimmungen unvereinbar sei. Man hat dieser Ansicht deshalb — und nach den damaligen Anschauungen wohl mit Recht — vorgeworfen, sie sei nicht mit dem Gesetz zu vereinbaren[381]).

50.

Herzog hat es unternommen, diese Ansicht mit Hilfe seiner Konstruktion der quantitativen Teilnichtigkeit[382]) zu begründen. Diese Auffassung geht von den Dauerabreden in Dauerverträgen aus, wendet aber die dort gefundenen Ergebnisse auch auf Abreden anderer Verträge — darunter auch auf die Entgeltabrede[383]) — an. Herzog nimmt an, derartige Abreden (Dauerabreden, Entgeltabreden) seien nicht einheitlich, sondern bestünden aus mehreren Einzelabreden[384]). Wieviel Einzelabreden vorlägen, hänge davon ab, wieviele Willenserklärungen bei jedem Vertragsteil gegeben seien. Das richte sich wieder darnach, wieviele Willensbetätigungen vorhanden seien. Eine (Einzel-) Abrede sei nur da anzu-

---

376) Staudinger-Nipperdey § 611 IV 3 b.

377) JherJ 74 S. 380 und bei Molitor-Hueck-Rizler S. 148 ff.

378) wie deutlich Hueck-Nipperdey I S. 149 Anm. 21 am Ende zeigt.

379) Molitor-Hueck-Rizler S. 149, JherJ 74 S. 381.

380) Hueck bei Molitor-Hueck-Rizler S. 152 unter e und vor allem ArbR 1923 Sp. 347 ff.

381) insbes. Dersch NZfAr 1931 Sp. 158; Molitor NZfAr 1931 Sp. 112; Volkmar in der Anm. zu RAG ArbRSamml 18 S. 52 (62); Oertmann ArbVertR S. 106, der aber zugibt, daß sich „eine freiere Auffassung vielleicht über dieses Bedenken hinwegsetzen" könne und eine Lösung der Frage von einem neuen Arbeitsgesetzbuch erwartet.

382) die Nipperdey bei Staudinger-Nipperdey § 611 Anm. IV 3 ausdrücklich billigt.

383) Herzog S. 8, vgl. auch S. 23.

384) S. 27.

nehmen, wo nur *eine* Willensbetätigung festgestellt werden könne[385]). Der Parteiwille könne aber „bei einer einmaligen Betätigung" immer nur auf einen einzelnen Punkt gerichtet sein[386]). Wenn z. B. die Parteien eine Vertragsdauer von zwanzig Jahren vereinbarten, dann lägen zwei Willenserklärungen vor; denn der Wille müsse zunächst darauf gerichtet sein, daß überhaupt eine Dauer gewollt sei und erst dann weiter darauf, welche Dauer gewollt sei. Es lägen also zwei Abreden vor: eine über die Dauer überhaupt (Grundabrede), eine weitere darüber, wo die Grenze dieser Dauer liege (Ergänzungsabrede)[387]). Im Falle eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot sei nur der verbotswidrige Teil nichtig, also die Ergänzungsabrede. Ob der Vertrag im übrigen aufrecht zu erhalten sei, bestimme sich nach § 139 BGB[388]). Die Ausfüllung der Lücken soll dann durch Gestaltung erfolgen. Sie soll aber — wie Herzog im Gegensatz zu Nipperdey annimmt — *nicht* durch den Richter vorgenommen werden, der „meist nicht die nötige Einsicht besitzen wird"[389]), sondern — entsprechend § 316 BGB — durch den Gläubiger[390]).

Die Konstruktion Herzogs dürfte aber auf einem Zirkelschluß beruhen. Er nimmt an, der Wille könne nur auf einen Punkt gerichtet sein und dieser Punkt dürfe nicht weiter zerlegbar sein. Um zu ermitteln, ob ein Punkt noch weiter zerlegbar ist, stellt er fest, ob durch eine Willenserklärung nur dieser Punkt oder zugleich noch ein anderer gewollt wird. Das entnimmt er wieder daraus, ob der Punkt noch weiter zerlegbar ist oder nicht. Damit ist der Kreis geschlossen: Ob der Wille nur auf einen Punkt gerichtet ist, hängt davon ab, ob dieser Punkt noch weiter zerlegbar ist. Das ergibt sich wieder daraus, ob der Wille nur auf diesen einen Punkt gerichtet ist.

Im übrigen ist auch der Begriff der Willensbetätigung, wie ihn Herzog verwendet, unscharf. Warum das Wollen einer Dauer von zwanzig Jahren eine „Willensbetätigung" *mehr* enthalten soll, als das Wollen einer Dauer überhaupt, ist nicht einzusehen[391]). Richtig ist, daß der Begriff „zwanzig Jahre" mehr Vorstellungselemente enthält als der Begriff „Dauer". Wollte man aber annehmen, eine Willenserklärung habe so viele Teile als sie Vorstellungselemente enthält, so wäre die Teilung unserer Rechtsgeschäfte gar nicht abzusehen. Denn zweifellos

---

385) S. 26.
386) S. 26.
387) S. 27.
388) S. 25 ff, 65 ff, 161 u. für den Fall des Wuchers besonders auch S. 156 ff.
389) S. 158.
390) S. 160.
391) Herzog beschränkt seine Ausführungen über die Zerlegbarkeit der Abreden übrigens nicht auf Dauerverträge (von denen er freilich ausgeht) vgl. S. 8, 23.

enthält die Vorstellung „Kauf eines Staudinger, Sachenrecht zehnte Auflage" mehr Vorstellungselemente als die Vorstellung „Kauf" (z. B. mindestens noch die Elemente: „Kauf eines Buches überhaupt" und „Kauf dieses bestimmt bezeichneten Buches"). Soll aber deshalb die Erklärung: „ich kaufe diesen Staudinger" wirklich aus mindestens drei Teilen (Kauf, Buchkauf, Kauf eines bestimmten Buches) bestehen? Oder soll die Zerlegbarkeit nur für solche Abreden gelten, die eine Vereinbarung über eine Größe (ein Maß) enthalten? Warum sollen aber diese Abreden anders behandelt werden als solche, die eine Vereinbarung über eine andere Eigenschaft des Geschäftsgegenstandes enthalten? Die von Herzog vorgeschlagene Zerlegung der rechtsgeschäftlichen Abreden kann hiernach nicht als zutreffend anerkannt werden. Freilich war sie bisher wohl die einzige Möglichkeit, in den Fällen wucherischer Verträge auf dem Wege der Konstruktion um die Nichtigkeit des ganzen Vertrages herumzukommen. Es zeigt sich hier, daß die bisherigen Ansichten, soweit sie mit dem Gesetz zu vereinbaren sind, zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, daß es ihnen dagegen, soweit sie diese unbefriedigenden Ergebnisse vermeiden wollen, an einer einwandfreien Begründung fehlt.

51.

Ergreift die Sittenwidrigkeit nur einen Teil des Vertrages[392]), so ergibt sich die Entscheidung über die Gültigkeit des Restes nach bisheriger Ansicht aus § 139 BGB. Bleibt danach der Vertrag im übrigen gültig, so bestehen zwei Möglichkeiten: entweder man nimmt an, die nichtige Abrede falle weg, ohne daß etwas anderes an ihre Stelle tritt[393]), oder man setzt an die Stelle der nichtigen Vereinbarung die gesetzlichen Rechtsfolgen[394]).

Zweiter Abschnitt:

Die Rechtsfolgen der gegen § 138 BGB verstoßenden Verträge nach der hier vertretenen Auffassung.

52.

Es ist nun zu erörtern, welche Rechtsfolgen sich nach der hier vertretenen Auffassung an die gegen § 138 BGB verstoßenden Verträge knüpfen. Die Übersicht über die Fälle, in denen Verstöße gegen dieses Verbot vorliegen können, hat gezeigt, daß sich hier recht verschieden-

[392]) vgl. Anm. 345 u. 334.
[393]) so z. B. in den Anm. 346 aufgeführten Fällen.
[394]) vgl. Titze S. 635 f.

artige Fälle zusammengefunden haben. Überblickt man die verschiedenen Gruppen, so zeigen sich unter ihnen zwei Gruppen von Fällen, in denen die verstoßenden Verträge durch keine inhaltliche Umgestaltung gültige Arbeitsverträge werden können. Es sind das die Fälle der Vornahme sittenwidriger Tätigkeiten und die Fälle an sich erlaubter Tätigkeiten, deren Vornahme gegen Entgelt sittenwidrig ist. In diesen Fällen ist nicht eine bestimmte Ausgestaltung des Verhältnisses verboten, sondern die Eingehung derartiger Bindungen überhaupt, weil sie ihrem inneren Wesen nach niemals ein von der Treupflicht beherrschtes Verhältnis darstellen können. Die Treupflicht kann sich in ihnen nicht verwirklichen[395], sie sind unfähig, Treudienstverhältnisse zu sein. Vertragliche Ansprüche können hier nicht gegeben sein[396]. Es besteht auch weder ein Bedürfnis noch ist bisher der Wunsch aufgetaucht, in solchen Fällen irgendwelche vertraglichen Ansprüche zu gewähren.

53.

In den Fällen, in denen der Verstoß gegen § 138 BGB darin liegt, daß die Ausgestaltung eines Vertrages über eine erlaubte Tätigkeit sittenwidrig oder wucherisch ist, zeigt sich die Verbotsbestimmung wieder in ihrer Eigenschaft als Schranke, die eine der Treupflicht widersprechende Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses unterbinden soll. In diesen Fällen wirkt § 138 BGB als Ausgestaltungsverbot. Das Verbot ist nach der hier vertretenen Ansicht[397] Ausdruck dafür, daß das Gesetz die angeordneten Rechtsfolgen nicht als Verwirklichung der Treupflicht ansehen kann und deshalb nicht gelten lassen will. Die Feststellung, ein Vertrag sei sittenwidrig, beruht auf der Vergleichung der von den Parteien angeordneten Rechtsfolgen mit den Rechtsfolgen, die in einem derartigen Vertrage der Treuepflicht entsprechen würden. Deshalb müssen sich in jedem Vertrage *die* einzelnen Rechtsfolgen angeben lassen, die diesen vom Gesetz mißbilligten Verstoß enthalten (mißbilligte Rechtsfolgen).

Welche Bestimmungen eines Vertrages mißbilligte Rechtsfolgen sind, ergibt sich freilich nur aus dem Gesamtinhalt des Vertrages. So ist z. B. ein Vertrag wucherisch, in dem sich ein Beschäftigter verpflichtet, zu einem nach Arbeitstagen zu berechnenden Lohn, der so niedrig ist, daß er nicht einmal die Fristung des notwendigen Lebensunterhaltes ermöglicht (Hungerlohn), täglich acht Stunden lang Arbeiten zu leisten, die ihn voll in Anspruch nehmen. Der Vertrag wäre aber gültig, wenn z. B. die Arbeitszeit täglich nur 4 Stunden betrüge oder wenn

---

[395]) vgl. auch Siebert, Arbeitsverh. S. 94.
[396]) vgl. S. 73, 79.
[397]) vgl. oben S. 45.

die Arbeitszeit zwar 8 Stunden betrüge, die Arbeit aber in einer besonders leichten Tätigkeit bestände z. B. die Tätigkeit des Pförtners eines Landhauses, während dieselbe Entlohnung für den Pförtner eines großstädtischen Geschäftshauses oder eines Fabrikgrundstückes wieder wucherisch wäre. Andererseits braucht auch der objektiv sehr niedrige Lohn z. B. dann nicht wucherisch sein, wenn dem Beschäftigten in jedem Monat ein bezahlter Urlaub von einer Woche gewährt würde. Wenn sich aber in allen diesen Fällen auch erst aus dem Gesamtinhalt des Vertrages ergibt, ob Wucher vorliegt oder nicht, so ist doch in allen Fällen allein die Entgeltvereinbarung die mißbilligte Rechtsfolge.

Oder der Vertrag eines Handelsagenten würde z. B. nichtig sein, wenn die Provision niedrig wäre, wenn ein Teil der Ausfälle aus den von ihm vermittelten Geschäften auf ihn abgewälzt würde und wenn die Verlängerung des Vertrages davon abhängig gemacht würde, daß der Agent monatlich ein bestimmtes Mindestaufkommen an Abschlüssen bringen müßte. Jede einzelne dieser Bestimmungen würde den Vertrag im ganzen noch nicht sittenwidrig erscheinen lassen, sondern erst alle diese Bedingungen zusammen. Also sind sie zusammen die mißbilligten Rechtsfolgen.

§ 138 BGB bestimmt nun, daß ein Vertrag, der solche mißbilligten Rechtsfolgen enthält, nichtig sein soll. Wie wenig die Ergebnisse der Vollnichtigkeit befriedigen würden, zeigen die Ausführungen S. 83 ff. Diese Ergebnisse wurden schon zu einer Zeit allgemein als unbefriedigend angesehen, als man noch grundsätzlich von der schuldrechtlichen Natur des Arbeitsverhältnisses ausging. Sie sind noch viel weniger angemessen, wenn man den Arbeitsvertrag als Treudienstverhältnis auffassen will. Wären wirklich alle Arbeitsverhältnisse, die mißbilligte Rechtsfolgen enthalten, deswegen voll nichtig, dann wären in diesen Fällen keine Treudienstverhältnisse gegeben. Es würde also in den Fällen, in denen die Parteien von sich aus Treuepflicht nicht verwirklicht haben, ein wirksames Arbeitsverhältnis nicht zur Entstehung kommen. Damit würde die Treuepflicht vor dem entgegenstehenden Parteiwillen die Waffen strecken.

Wenn man den Arbeitsvertrag als Treudienstverhältnis auffaßt, ist aber die Vollnichtigkeit dieser verstoßenden Verträge garnicht erforderlich.

Bisher ging man davon aus, daß nur das gelten solle, was die Parteien angeordnet hatten. Hatte nun ein Teil seine eigensüchtigen Interessen allzustark durchzusetzen versucht, sodaß selbst ein Gesetz, das von der Herrschaft des Parteiwillens ausging, diese Rechtsfolgen nicht billigen konnte, so blieb nichts übrig, als das ganze Geschäft zu vernichten. Denn das, was die Parteien gewollt hatten, konnte nicht zugelassen werden. Etwas anderes — zulässiges — hatten sie aber nicht gewollt.

Jede Bemühung, ihrem klar geäußerten — wenn auch noch so sittenwidrigen — Willen gegenüber das angemessene durchzusetzen, mußte als Versuch erscheinen, den Parteien etwas „aufzudrängen“[398]), was sie nicht wünschten. Das wäre aber mit dem Grundsatz der Parteiherrschaft unvereinbar gewesen und wurde deshalb als unzulässig angesehen[399]).

Diese Bedenken können aber von dem Augenblick an keine Bedeutung mehr beanspruchen, wo man sich entschließt, als maßgebend für die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses nicht den eigenmächtigen Parteiwillen anzusehen sondern die Treupflicht und wenn man dann folgerichtig die Rolle der Beteiligten darauf beschränkt, im Rahmen des von der Treupflicht Gebotenen selbst anzugeben, wie sie sich die Verwirklichung der Treupflicht vorstellen. Gerade in den Fällen, wo sich gezeigt hat, daß die Beteiligten durch ihre Vereinbarung die Treupflicht nicht in angemessener Weise haben verwirklichen können, muß an die Stelle des von ihnen angeordneten Mangelhaften, das treten, was die Treupflicht verlangt.

Damit ist nachgewiesen, daß bei Vollnichtigkeit des verstoßenden Vertrages die Treupflicht gar nicht verwirklicht werden könnte, daß Vollnichtigkeit außerdem aber auch innerlich gar nicht gerechtfertigt wäre. Daraus folgt nach den oben[400]) entwickelten Grundsätzen, daß ein Verstoß gegen § 138 BGB jedenfalls nicht in allen Fällen die Vollnichtigkeit der verstoßenden Arbeitsverträge zur Folge haben kann.

Die Lösung der Frage, wie weit die Nichtigkeit eines gegen § 138 BGB verstoßenden Treudienstverhältnisses reicht, muß darnach innerhalb folgender Grenzen liegen: Vollnichtigkeit darf nicht eintreten; dagegen muß *die* Bestimmung nichtig sein, die die Schranke der Treupflicht überschritten und dadurch die Mißbilligung des Gesetzes hervorgerufen hat. Wenn aber schon der ganze Vertrag nicht nichtig sein soll, so ist nicht ersichtlich, warum die Nichtigkeit überhaupt über das unbedingt erforderliche Maß hinaus ausgedehnt werden sollte. Der Vertrag ist deshalb nur insoweit als nichtig anzusehen, als es erforderlich ist. Erforderlich ist aber nur die Nichtigkeit der beanstandeten Vereinbarung selbst.

54.

Welcher Teil des ganzen Vertrages damit von der Nichtigkeit betroffen wird, ergibt sich daraus, welche der angeordneten Rechtsfolgen mißbilligt werden. Es dürfte freilich kaum möglich sein, diesen „Teil“ abstrakt zu bestimmen, aber in jedem einzelnen Falle wird sich nach den oben[401]) aufgestellten Grundsätzen erkennen lassen, welcher Teil es ist.

---

[398]) so RG 68 S. 322 (326).
[399]) so RG a. a. O.; vgl. auch Lange, Schuldrecht S. 52.
[400]) S. 47 ff. [401]) S. 91.

Nichtig ist das Stück des Rechtsgeschäftes, das außerhalb der von der Treupflicht gezogenen Grenze liegt, oder um das Bild des Kreises zu verwenden[402]), das Stück des Rechtsgeschäfts, das außerhalb des Kreises liegt, der die Grenze der Treupflicht bezeichnet. In dem oben[403]) erwähnten Falle (Pförtner) wäre es z. B. die Entgeltabrede, in dem zweiten Falle (Handelsagent) wären alle drei mißbilligten Bestimmungen nichtig[404]).

Damit erübrigen sich alle Versuche, dieses Teilstück begrifflich zu bestimmen, die im übrigen sämtlich zum Scheitern verurteilt sein dürften. Denn das Gesetz gibt keine Bestimmung dafür, was „Teil" ist. Logisch sind sehr verschiedene Abgrenzungen dieses Begriffes denkbar, die sich alle rechtfertigen lassen; keine davon kann aber Denknotwendigkeit für sich beanspruchen. Warum der Versuch, den Herzog in dieser Richtung unternommen hat, nicht als gelungen angesehen werden kann, ist oben dargelegt worden[405]). Der innere Grund für die Schwierigkeit, eine einwandfreie Bestimmung des Begriffes „Teil" zu geben, liegt wohl darin, daß alle Teile, denen wir im praktischen Leben begegnen (nicht nur in der Rechtswissenschaft, sondern genau so in den Naturwissenschaften, sich wieder geteilt denken lassen, bis wir endlich beim kleinsten nicht mehr teilbaren Stücke ankommen. So lassen sich z. B. die Teile einer Maschine wieder in Einzelteile zerlegt denken, ja die kleinste Schraube noch in einzelne Teile bis zum letzten Eisenatom. Nur dieser kleinste denkbare Teil kann mit logischer Notwendigkeit bestimmt werden. Alle anderen Teilbegriffe müssen daran scheitern, daß sich die unter ihnen gedachten Erscheinungen wieder teilen lassen. Aber gerade dieser kleinste Teil ist praktisch nicht verwendbar. Der Versuch, einen umfassenderen Teilbegriff als denknotwendig hinzustellen, ist aber vergeblich, Der Teilbegriff der Rechtswissenschaft kann nur praktisch mit Rücksicht darauf bestimmt werden, welche Rechtsfolgen es hat, wenn man ein Stück eines Rechtsgeschäfts als „Teil" ansieht.

55.

Hält man nun nur die Bestimmungen des Vertrages, gegen die sich die Mißbilligung des Verbotes richtet, für nichtig, so entstehen insoweit Lücken. Sie werden dadurch ausgefüllt, daß ermittelt wird, was als an-

---

[402]) vgl. oben S. 41.

[403]) S. 92.

[404]) Weitere Beispiele für nichtige „Teile" bieten die Anm. 348 erwähnten Fälle. Nichtig wäre dort die Vereinbarung der Übernahme der Haftung bezw. die mißbilligte Kündigungsvereinbarung.

Dagegen gehören die Anm. 346 erwähnten Fälle nicht hierher. Über sie vgl. S. 97 f.

[405]) S. 89.

gemessene Verwirklichung der Treupflicht in diesem Falle anzusehen ist[406])[407]). Nach welchen Grundsätzen die Lückenausfüllung erfolgt, ist oben dargelegt worden[408]).

Der so umgestaltete Vertrag enthält dann diejenigen von den Bestimmungen der Beteiligten, die der Treupflicht entsprechen. Daneben an Stelle der Abreden, die nicht Verwirklichungen der Treupflicht waren, das, was der Richter als Verwirklichung der Treupflicht feststellt. Dann ist in dem Vertrage die Treupflicht reiner verwirklicht als in dem ursprünglich von den Beteiligten gewollten. Die Rechtsfolgen des umgestalteten Vertrages entsprechen nun uneingeschränkt den Anforderungen der Treupflicht, sodaß diese Lösung mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses als Treudienstverhältnis voll vereinbar ist.

56.

Wohl die einschneidendste Folge der neuen Auffassung ist, daß der Beschäftigte auf Grund des umgestalteten Vertrages auch für die Zukunft vertragliche Ansprüche hat, daß es also der Unternehmer nicht mehr in der Hand hat, ihn nach freiem Belieben zu entlassen. Der Unternehmer, der z. B. einen Beschäftigten zu einem wucherisch niedrigen Lohn einstellt, kann an diesem Vertrage festgehalten werden, während zugleich der Lohn auf das angemessene erhöht wird.

Ein Einwand liegt hier nahe: Man wird sagen, es sei praktisch unerträglich, daß der Richter den Unternehmer solle zwingen können, einen höheren Lohn zu zahlen; wenn er den Beschäftigten schon nicht zu dem vereinbarten niedrigen Lohne arbeiten lassen dürfe, müsse er ihn wenigstens entlassen können. Hinter diesem Einwand stehen verschiedene Bedenken. Die wesentlichsten dürften folgende sein:

1. Die richterliche Gestaltung bedeute ein Hineinregieren in den Betrieb, dessen Notwendigkeiten und Bedürfnisse der Richter nicht genügend überschauen könne.

2. Der Unternehmer müsse die Möglichkeit haben, einen Beschäftigten, den er aus wohlerwogenen Gründen zu einem niedrigen Lohn eingestellt habe, eher zu entlassen, als zu erhöhtem Lohne weiter zu beschäftigen.

3. Der Unternehmer werde es sich überlegen, in weniger ertragreichen Zeiten Beschäftigte zu niedrigerem Lohn weiter zu beschäftigen oder gar neue einzustellen; denn sonst laufe er Gefahr, der Richter werde den Lohn erhöhen und der Betrieb den erhöhten Lohn nicht tragen können.

---

406) Lange, Schuldrecht S. 51.
407) im Ergebnis ebenso Siebert, Arbeitsverh. S. 95.
408) S. 50 ff.

4. Andererseits werde der Beschäftigte, um überhaupt eine Stellung zu bekommen, sich gern auf einen niedrigen Lohn einlassen in der Hoffnung, sich dann auf Wucher berufen zu können und dadurch eine Erhöhung des Lohnes durch den Richter zu erreichen.

Zu diesen Bedenken ist zu sagen, daß ein gewisses Hineinregieren in den Betrieb allerdings stattfindet. Daß hiergegen praktische Bedenken bestehen, soll nicht geleugnet werden. Auch ein Richter mit umfangreichen, praktischen kaufmännischen Erfahrungen wird die Verhältnisse eines Betriebes weniger gut übersehen können als der Unternehmer selbst. Man muß aber berücksichtigen, daß es sich ja hier um Ausnahmefälle handelt und daß die Zahl dieser Ausnahmefälle immer mehr zurückgehen wird, je mehr Unternehmer und Beschäftigte vom Geiste der sozialen Ehre durchdrungen sind und darin leben. Auch sollten die praktischen Schwierigkeiten nicht überschätzt werden. Der Unternehmer hat es ja in der Hand, durch erschöpfende Darlegung seiner Verhältnisse dem Richter ein zutreffendes Bild von der Lage seines Unternehmens zu verschaffen. Freilich werden damit hohe Anforderungen an den Richter gestellt[409]).

Das theoretische Bedenken, daß durch ein Eingreifen staatlicher Gewalten in den Betrieb die Freiheit des Unternehmers beschränkt wird, wiegt nicht schwer. „Persönlich gibt es überhaupt keine Freiheit, es gibt nur Freiheit für das Volk"[410]). Freiheit ist nicht Unabhängigkeit von allen Bindungen, nicht Zügellosigkeit. Nur sie wird aber eingeschränkt.

In dem zweiten Bedenken schwingt zunächst wieder die Furcht vor dem Hineinregieren mit. Daneben tritt aber der Gedanke, der Richter werde dem Unternehmer durch den erhöhten Lohne eine Belastung aufbürden, die der Betrieb nicht tragen könne. Bei Berechnung des angemessenen Lohnes sind aber gerade auch die Verhältnisse des Betriebes zu berücksichtigen. Ein für das Unternehmen nicht mehr tragbarer Lohn kann also nicht angemessen sein. Eine Weiterbeschäftigung zu erhöhtem Lohn kann nur da in Frage kommen, wo die Verhältnisse des Betriebes das erlauben.

Damit erledigen sich zugleich das dritte und vierte Bedenken insoweit, als in ihnen die Befürchtung zum Ausdruck kommt, dem Unternehmer könne eine untragbare Belastung aufgebürdet werden. Soweit sich die beiden letzten Bedenken mit den Vorstellungen und Erwägungen der Beteiligten vor der Einstellung neuer Arbeitskräfte befassen, ist zu sagen, daß derartige Gesichtpunkte, wie sie bei diesen Bedenken unterstellt werden, für Unternehmer und Beschäftigte, die sich vom Geiste der sozialen

---

[409]) Man muß freilich eine höhere Meinung vom Richtertum haben, als Herzog S. 158, vgl. oben Anm. 389.

[410]) Dr. Ley, Rede vor der Sächs. Betriebsgemeinschaft in Leipzig (15. Okt. 1934), Durchbruch S. 204.

Ehre leiten lassen, keine Rolle spielen können. Zuzugeben ist, daß die Beteiligten heute von diesem Geiste vielfach noch nicht hinreichend durchdrungen sein werden. Wenn man berücksichtigt, daß die Mehrzahl der Unternehmer und Beschäftigten noch unter der Herrschaft ganz anderer Grundsätze aufgewachsen sind, ist das wohl auch nicht verwunderlich. Das neue Recht stellt es aber den Arbeitenden als Aufgabe, in diese Grundsätze hineinzuwachsen. Die Arbeit der Deutschen Arbeitsfront, der NSBO, der ständischen Gliederungen, die Tätigkeit der Treuhänder der Arbeit und die soziale Ehrengerichtsbarkeit sind neben der allgemeinen politischen Schulung die Werkzeuge, die der Erziehung dazu dienen. Je weiter diese Erziehung fortschreitet, um so mehr schwindet die Bedeutung des hier in Rede stehenden Bedenkens.

57.

Die hier vorgeschlagene Lösung ermöglicht es, an das gegen § 138 BGB verstoßende Geschäft all die Rechtsfolgen zu knüpfen, deren Eintritt schon bisher von der im Schrifttum überwiegenden Meinung für wünschenswert angesehen, aber — jedenfalls von den meisten — für nicht mit dem Gesetz vereinbar erklärt wurde. Die Einwendungen gegen die bisherigen Lösungen berühren die hier versuchte nicht, da sie von einer völlig anderen Grundlage ausgeht, einer Grundlage, von der freilich vor Erlaß des AOG auch nicht ausgegangen werden konnte.

Das Ergebnis stimmt mit dem schon bisher von Nipperdey vertretenen überein. Die von Nipperdey vorgeschlagene Lösung ruht aber allein auf der Erwägung, daß der Zweck der Verbotsbestimmung die von ihm vertretene Auslegung des § 138 BGB fordere, eine Begründung, die im Schrifttum sonst nicht für ausreichend angesehen worden ist[411]). Die hier unternommene Lösung versucht demgegenüber, die eingeschränkte Anwendung des § 138 BGB aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses nach neuer Auffassung zu begründen.

58.

Übrig bleibt eine Bemerkung über die Fälle, in denen nach den bisherigen Anschauungen die Sittenwidrigkeit nicht den ganzen Vertrag vernichtet, sondern nur einzelne Teile[412]). Da nach der hier vertretenen Auffassung auch die Sittenwidrigkeit des ganzen Vertrages nur zur Nichtigkeit einzelner „Teile", nicht zur Vollnichtigkeit führt, bieten diese Fälle keine Besonderheiten. Sie sind nach den oben[413]) entwickelten

411) vgl. Anm. 381.
412) vgl. oben zu Anm. 345 u. S. 90. Beispiele vgl. Anm. 346.
413) S. 47, 93 ff.

Grundsätzen zu lösen, d. h. die mißbilligte Bestimmung ist unwirksam. § 139 BGB kann auf den Vertragsrest keine Anwendung finden, wie sich aus der grundsätzlichen Unanwendbarkeit dieser Vorschrift auf das Treudienstverhältnis ergibt[414]). Es entstehen also in diesen Fällen Vertragslücken, die nach den oben dargelegten Gesichtspunkten auszufüllen sind[415]).

---

[414]) vgl. S. 60 ff.
[415]) vgl. S. 50 ff.

Zusammenfassung.

59.

Die Ergebnisse dieser Untersuchung können in folgenden Sätzen zusammengefaßt werden:

I. § 139 BGB ist auf den Arbeitsvertrag als Treudienstverhältnis nicht anwendbar.

II. Der Verstoß eines Arbeitsvertrages gegen ein Ausgestaltungsverbot hat nur die Nichtigkeit der verstoßenden Vertragsbestimmung zur Folge. An die Stelle der nichtigen Bestimmungen treten angemessene Bedingungen. Sie werden im Streitfall durch den Richter festgestellt.

III. Der Verstoß eines Arbeitsvertrages gegen ein Eingehungsverbot bedeutet entweder
   a) daß ein derartiges Verhältnis nicht Treudienstverhältnis sein kann oder
   b) daß in einem derartigen Verhältnis eine vertragliche Bindung nicht gegeben sein soll oder
   c) daß der Abschluß eines solchen Vertrages nicht wünschenswert ist.

Die verstoßenden Verträge haben in den Fällen zu a) und b) keine vertraglichen Wirkungen. Im Falle zu c) sind die gegen das Verbot verstoßenden Verträge voll wirksam.

IV. Der Verstoß eines Arbeitsvertrages gegen die guten Sitten kann darin liegen,
   a) daß die verstoßende Tätigkeit selbst sittenwidrig ist oder
   b) daß die Übernahme einer an sich erlaubten Tätigkeit gegen Entgelt sittenwidrig ist oder
   c) daß die Ausgestaltung eines Vertrages über eine erlaubte Tätigkeit sittenwidrig ist.

In den Fällen zu a) und b) haben die verstoßenden Verträge keine vertraglichen Wirkungen. Im Falle zu c) treten an die Stelle der sittenwidrigen Bestimmungen angemessene Bedingungen.

Lebenslauf.

Ich bin am 5. Oktober 1907 in Berlin-Karlshorst als Sohn des Versicherungsdirektors Robert Blümel geboren. Von Ostern 1914 bis Ostern 1926 besuchte ich zunächst die Vorschule, dann die Oberrealschule in den Franckischen Stiftungen in Halle. Anschließend war ich anderthalb Jahre als Volontär im kaufmännischen Büro der Maschinenfabrik Weise Söhne in Halle tätig. Dann studierte ich Rechtswissenschaft in Halle, Heidelberg und Berlin. Ich hörte insbesondere bei den Professoren Boehmer, Finger, Anschütz, Engelhard, Mitteis, Dersch, Theodor Kipp, Klee, Kohlrausch, Smend, Titze, Wolff. Anregung und Förderung dieser Arbeit verdanke ich Herrn Professor Reinhardt, jetzt in Königsberg.

Die erste Staatsprüfung habe ich in Berlin am 6. Juli 1931, die große Staatsprüfung am 9. Februar 1935 abgelegt.